Beiträge zum Züchtigungsrecht Erwachsener gegenüber fremden Kindern.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Ernst Kaufmann
Gerichtsreferendar aus Forsthaus Bauerbach bei Marburg.

Marburg 1929
Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. Dezember 1928.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Manigk.

Meinen lieben Eltern

Schrifttum.

Ahlers, W., Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder im Gerichtssaal, Bd. 84, S. 236 ff.
Ahrens, M., Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund in den Strafrechtlichen Abhandlungen von 1909.
Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung, Wien.
Archiv für die zivilistische Praxis, hrsg. von Blume, Schmidt, Heck.
Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.
Blaum-Riebesell-Storck, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juni 1922.
Brinkmann, Das Züchtigungsrecht und die widerrechtliche Ausübung desselben. Diss. Heidelberg 1912.
Brügmann, E., Ist die Züchtigung fremder Kinder widerrechtlich und strafbar? Diss. Greifswald 1922.
Brückmann, A., Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe in Z. St. W., Bd. 24, 657 ff.
Buchmann, Züchtigung fremder Kinder im Recht, 1913, S. 61.
Burhardi, Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 8 von 1825, S. 161.
v. Brauchitsch, M., Die preußischen Verwaltungsgesetze, Bd. IV, 17. Aufl., 1926.
Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Strafrechtszeitung.
Diefenbach, Das Züchtigungsrecht in Gruchots Beitr., Bd. 54, S. 105 ff.
Delius, Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern, insbesondere während des Krieges, in Gesetz und Recht, 18. Jahrg., Heft 7, S. 48 ff.
Dernburg, Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1915.
Donner, P., Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern. Diss. Königsberg 1925.
Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit, 1905.
Ebermayer, Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Aufl., 1925.
Eckstein, E., Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung. Goltd. A. 56, 281.
Endemann, Zivilcourage und Strafrecht, 1925.
Endemann in der Juristischen Wochenschr., 1924, S. 1788, Nr. 12.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, I. Bd., 2. Abt., 1927.
Esch, G., Die Züchtigung fremder Kinder, Diss. Köln 1924.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Finger, Das Züchtigungsrecht und dessen Mißbrauch in den Juristischen Blättern, 17. Jahrg., 1888.
Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.
Frank, Das Strafgesetzbuch, 17. Aufl., 1926.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von Lilienthal, Kahl u. a., Berlin 1911.
Geider, E., Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen. Diss. Tübingen 1917.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.
Gerichtssaal, Zeitschr. f. Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozeß.

Gesetz und Recht, Breslau.
Gilbert, Über das Züchtigungsrecht, insbesondere das der Lehrer, in Sachsen, in Fischers Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 33.
Goltdammers Archiv, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begr. von Goltdammer.
Gruchots Beiträge. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.
Hahne, Das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern im Recht, 1916, S. 68 ff.
Hamm, Operative Eingriffe des Arztes. DJZ. 1907, 447.
Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, in Goltd. Arch. 51, 241 ff.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens in Z. St. W. 36, S. 19.
Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. IV, S. 1 ff.
Heimberger in der Festschrift für die Juristische Fakultät der Universität Gießen, 1907, S. 389 ff.
Heusler, A., Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II, 1886.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten. I. 1919.
Hubrich, Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung. Gerichtssaal 46, S. 161 ff.
Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 24. Aufl., 1927.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Blätter, Wien.
Juristische Wochenschrift, hrsg. vom Deutschen Anwaltverein.
Kahl, W., Der Arzt im Strafrecht in Z. St. W., Bd. 29, S. 351 ff.
Kaufmann, J., Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Zürich 1910.
Kipp, Familienrecht, 18.—20. Aufl., 1928.
Klein, P., Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder, Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, 78, 206 ff.
Kohler, J., Die Menschenhülfe im Privatrecht, in Iher. Jahrbuch, 25, S. 1 ff.
Köhler, A., Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil von 1917.
Kommentar der Reichsgerichtsräte von 1928, 2. Abt. des II. Bd.
Kulemann, W., Selbsthilfe in Z. St. W., Bd. 11, S. 329.
Köllner, W., Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder. Diss. Breslau 1924.
Krause, J. H., Geschichte der Erziehung, des Unterrichts und der Bildung bei den Griechen, Etruskern und Römern, Halle 1851.
Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 6. Aufl. 1886.
Kraut, Die Vormundschaft, 1847.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Leonhard, Fr., In der Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 44, 404 ff.
v. Liszt, Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen. Z. St. W. 37, 496.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Strafrechts, 25. Aufl., 1927.
Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht, Rektoratsrede, Breslau am 15. X. 1925.
Manigk, Formalismus und Freirechtsschule, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, II. Bd., S. 474 ff.
Manigk, Interesse im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, III. Bd., S. 297 ff.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht.
Mayer, M. E., Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1912.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtswissenschaft.
Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, 1889.
Montesquieu, Der Geist der Gesetze, übersetzt von A. Fortmann, 1891.
Motive zu den Entwürfen eines BGB. für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe, 1888, Bd. II und IV.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in der Festschrift für K. Binding, II. Bd., 1911, S. 273 ff.
Oberreichsanwalt in R. G. St. 25, 385.
Oetker, F., Notwehr und Notstand, in der Vergl. Darst. d. deutsch. und ausl. Strafrechts. Allgem. Teil, Bd. II, 255 ff.
Oetker, F., Züchtigung jugendlicher Ungebühr durch Dritte. Gerichtssaal 87, 419.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl., 1910.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, I. Bd., 11. Aufl., 1927.
Oppermann, In der Allgem. Österr. Gerichtsztg., 1915, S. 66 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1914.
Puchta, Pandekten, 1877.
Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker.
Rein, Das Privatrecht und der Zivilprozeß der Römer, 1858.
Rotering, Das abgeleitete Züchtigungsrecht im Arch. f. Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. 63.
Rosenberg, Im Gerichtssaal 1903, Bd. 62, S. 63 ff.
Sauer, W., Gesetz und Rechtsgefühl. Z. St. W., Bd. 33, 785 ff.
Sauer, W., Grundlagen des Strafrechts, 1921.
Schäffer, W., Das Züchtigungsrecht. Diss. Breslau 1908.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, begr. von Seuffert.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 7—8. Aufl., 1912.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1884.
Soergels Jahrbuch. Jahrbuch des Strafrechts und Strafprozesses, hrsg. von Soergel und Krause.
Wachenfeld, Lehrbuch des Strafrechts, 1914.
Wächter, Pandekten, 1881. II.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. B. Strafrecht und Strafprozeß.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, begr. von Liszt.
Zeitschrift für soziales Recht, Wien. Herausgeber: Stefan Bauer u. a.
Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.
Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.

Abkürzungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
D. St. Z. = Deutsche Strafrechtszeitung.
G. S. = Gerichtssaal.
G. A. = Goltdammers Archiv.
Gr. Btr. = Gruchots Beiträge.
Jh. Jahrb. = Jherings Jahrbuch.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
L. Z. = Leipziger Zeitschrift.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Soerg. Jahrb. = Soergels Jahrbuch.
Z. St. W. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
R. G. St. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Gliederung.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag liefern zur Lösung einer Frage, die in der Gesetzgebung bisher keine ausdrückliche Regelung gefunden hat und daher sehr umstritten ist. Die Aufgabe kann nicht auf ein Rechtsgebiet festgebannt und dort gelöst werden. Sie führt vielmehr sowohl in das bürgerliche Recht wie in das Strafrecht wie in das sonstige öffentliche Recht. Bedeutsam beim Versuche ihrer Lösung sind vor allem auch Gesichtspunkte, die nur durch Heranziehung der Grundgedanken unserer gesamten Rechtsordnung gewonnen werden können. So zeigt sich bei der Behandlung des Themas das Ineinandergreifen der einzelnen Rechtsgebiete, die wir sonst technisch von einander trennen, sowie die praktische Bedeutung der Grundideen der Rechtsordnung.

Herrn Geheimen Justizrat Prof. Dr. Manigk schulde ich für die mir bei der Abfassung der Arbeit stets gütigst gewährte Hilfe den allergrößten Dank.

Einleitung.

§ 1. Ausgangspunkt sowie Begrenzung des Themas.

Ein sehr schweres und umstrittenes Problem ist die Erziehung der Jugend. Mannigfaltig und gegensätzlich sind die Methoden, nach denen sie bewirkt werden soll. Wechselnd mit der jeweiligen Volksanschauung und Kultur sind die Ziele, die erstrebt werden, und die Mittel, mit denen die Ziele erreicht werden sollen. Besonders auch in der heutigen Zeit wird lebhaft über Fragen, die die Jugenderziehung zum Gegenstand haben, gestritten. Das ist auch ganz natürlich und hat seinen Grund nicht so sehr in der Verschiedenheit der Anschauungen der Erzieher als vielmehr in der verschiedenen Veranlagung der Jugendlichen, deren Erziehung betrieben und beobachtet wird. Ihr oft grundverschiedenes, ja gegensätzliches Reagieren auf angewandte Erziehungsmittel und Erziehungsmethoden muß sich in den Anschauungen der Beobachter und Erzieher wiederspiegeln. Zudem bedingt auch die verschiedene Veranlagung und Anschauung der Erzieher selbst Meinungsunterschiede.

Der Krieg und die Wirren der Nachkriegszeit haben in hohem Maße dazu beigetragen, das Interesse noch mehr auf die Jugenderziehung hinzulenken [1]). Der Umstand, daß die Familienväter im Felde standen, viele von ihnen gefallen sind, hat die Erziehung vieler Jugendlicher vernachlässigen lassen. Zunehmende Unmoral bei den Erwachsenen, die ebenfalls eine Kriegsfolge ist, hat als schlechtes Beispiel auch auf die Jugendlichen gewirkt. Nicht nur direkte Straftaten sind es, über die geklagt wird, sondern auch Flegeleien und sonstige Ungezogenheiten, die sich in der Öffentlichkeit sehr störend bemerkbar machen.

Eine große Rolle in dem Streit der Meinungen über Erziehungsmethoden und Erziehungsmittel nimmt die Stellung zu der körperlichen Züchtigung ein.

---

1) Vgl. v. Liszt, Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen in Z. St. W. 3., 496 ff. Dazu die häufigen Aufsätze in den Tageszeitungen und pädagogischen Zeitschriften. Vgl. weiter die Anmerkung von Keiler zum Urteil des OLG. Breslau in JW. 1923 S. 310 Nr. 9. Auf das Anwachsen der Kriminalität der Jugendlichen wird auch von A. Manigk in seiner Rektoratsrede Breslau 1915 a. a. O. S. 2 hingewiesen. „Wie stehen wir heute zum Naturrecht?“

Vom Altertum zur Neuzeit hin läßt sich eine Entwicklung von strengen, ja rohen Zuchtmitteln zu milderen, zweckentsprechenden Erziehungsmitteln feststellen. Die Gewalt des Vaters war im Altertum eine uneingeschränkte [2]). Niemand nahm in Sparta Anstoß daran, daß die ungesunden, schwächlichen Kinder ausgesetzt wurden und einen elenden Tod fanden. Auch bei den Römern wurde das neugeborene Kind vor dem Vater niedergelegt. Nahm er es auf, so gab er zu erkennen, daß er es als sein Kind anerkannte und großziehen wollte, im andern Falle wurde das Kind ebenfalls ausgesetzt [3]). Das strenge römische Recht kannte das ius vitae ac necis — das Recht über Leben und Tod — des Vaters über seine Kinder [4]). Die patria potestas war unumschränkt, an eine Wahl seiner Zuchtmittel war der römische Vater nicht gebunden. Die Folge der allmählichen Verfeinerung der römischen Kultur war eine bedeutende Abschwächung der patria potestas [5]). Zur Zeit Justinians kannte man kein ius vitae ac necis mehr, sondern nur noch das Erziehungsrecht und als Erziehungsmittel eine Züchtigungsbefugnis zur Aufrechterhaltung der kindlichen Achtung [6]). Dieselbe Entwicklung wie im römischen Recht finden wir im deutschen Recht wieder. Auch dort hatte der Vater ein uneingeschränktes Recht über seine Kinder. Er konnte Schwächlinge aussetzen lassen [7]). Mit der weiterschreitenden Entwicklung wurde auch hier die Gewalt des Vaters abgeschwächt. Beigetragen hierzu hat die sich früh geltend machende Auffassung im Muntverhältnis des deutschen Rechts, daß nicht die Interessen des Vaters sondern die des Kindes die überwiegenden seien, und daß eine Pflicht bestehe für die

---

2) Vgl. hierzu die Ausführungen und Zitate alter Schulordnungen bei J. Kaufmann a. a. O. S. 1—6.

3) Aus J. H. Krause a. a. O. S. 235.

4) Vgl. Montesquieu a. a. O. Buch IV Kap. 7 zit. Sallust de bello Catilinae (Aulus Flavius hatte sich auf den Weg begeben, Catilina zu besuchen. Sein Vater ließ ihn zurückrufen und töten).

5) Alexander Severus beschränkt die Strafgewalt des Vaters ausdrücklich auf ein allerdings ausgedehntes Züchtigungsrecht. Vgl. Burhardi a. a. O. S. 163.

6) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 64 Anm. 16. Cod. 8, 46, 3: Quem si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohibares, artiore remedio usurus, si in pari contumacia persevervait eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. Weiter Burhardi a. a. O. S. 161 über gemeinrechtliches Erziehungsrecht. Das gemeine Recht kannte auch nur ein eingeschränktes Züchtigungsrecht des Erziehers, sonst nur des pater familias. Zum Umfang und der Entwicklung der patria potestas des römischen Rechts, insbesondere hinsichtlich des Züchtigungsrechtes vgl.: Kraut, Die Vormundschaft. 2. Bd. S. 619 ff. Rein a. a. O. S. 482 ff., besonders S. 485 mit Angabe vieler Quellen. Wächter a. a. O. S. 613 ff. Puchta a. a. O. S. 622. Windscheid a. a. O. § 514, 3 Anm. 6. Burhardi a. a. O. S. 619 ff.

7) Heusler a. a. O. S. 431 sagt von dieser Zeit: „Eisig kalt weht uns an, was uns Sagen und andere Ueberreste aus der Urzeit unseres Volkes vom Recht des Vaters über die Kinder überliefern."

Person des Kindes zu sorgen [8]). Die sich entwickelnde Kultur brachte eine Verfeinerung der Anschauungen über das Maß der Züchtigung mit, auch ohne daß diese in Gesetzen ausgesprochen zu werden brauchte. Doch finden sich schon früh auch gesetzlich ausgesprochene Beschränkungen z. B. im Cod. Max. Bav. I. 4. § 3 „allenfallsiger Züchtigung mit Vernunft und Mäßigkeit" [9]).

Ging so die Gewalt des Vaters in der Schärfe ihrer Anwendung immer mehr zurück, so ging das Erziehungsrecht im umgekehrten Verhältnis auf einen immer größeren Personenkreis über. Dieser erhält zugleich ein Züchtigungsrecht. Nicht nur in Rom sondern auch in Deutschland war die Ehefrau der väterlichen Macht unterstellt [10]), ihr stand kein Erziehungsrecht und kein Züchtigungsrecht zu, wenn auch tatsächlich schon damals die Erziehung zum guten Teil in den Händen der Mutter gelegen haben mag. Endgültig verhalf das BGB. von 1900 der elterlichen Gewalt gegenüber der väterlichen zum Siege. Nach § 1631 BGB. steht neben dem Vater auch der Mutter kraft eigenen Rechtes eine Züchtigungsbefugnis zu [11]). Nur bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vaters vor. In gleicher Weise wie die Eltern haben die Adoptiveltern ein Züchtigungsrecht erhalten, wie man aus § 1757 BGB. folgern muß. Durch die Adoption verlieren aber die leiblichen Eltern das Züchtigungsrecht § 1765. Ein Züchtigungsrecht hat gemäß §§ 1793, 1800 BGB. auch der Vormund über Minderjährige erhalten. Ein wichtiger Punkt für die Ausdehnung des Kreises der Züchtigungsberechtigten war die Einführung des Schulzwanges [12]). In unmittelbarem Zusammenhang damit haben die deutschen Staaten landesrechtlich den Lehrern an öffentlichen Schulen ein Züchtigungsrecht zugestanden. Nach Art. 10 Nr. 2 der neuen Reichsverfassung gehört die Ordnung des Unterrichtswesens, die auch die Schulzucht in sich schließt, auch weiterhin zu den Materien, die der Landesgesetzgebung vorbehalten sind. Auf die Streitfragen, die sich an das Züchtigungsrecht der Lehrer anschließen, z. B. ob die Landesgesetzgebung durch Einräumen eines Züchtigungsrechts eine Ausnahme von dem Reichsrecht (§ 223 StGB.) schaffen dürfe und inwieweit Landesverordnungen auf das Züchtigungsrecht Einfluß haben können, ist hier nicht einzugehen, wie überhaupt die ausführliche Darstellung des Züchtigungsrechts der Lehrer außerhalb dieser Arbeit liegen muß. Reichsrechtlich ist weiterhin durch die Gewerbeordnung dem gewerblichen Lehrherrn ein Züchtigungsrecht über seine Lehrlinge eingeräumt worden. Nach § 127 a der Gewerbeord-

---

8) Vgl. die näheren Ausführungen bei Donner S. 17.
9) Kraut § 185 S. 434.
10) Heusler a. a. O. S. 432 ff.
11) Vgl. auch Mot. IV S. 751 ff.
12) Sie wurde vorbereitet durch ein Edikt Friedrich Wilhelms I. vom 9. Oktober 1717. Dann ergingen 1736 die Principia regulativa, dann das Generallandschuldrecht 1763 von Friedrich dem Großen.

nung ist der Lehrling der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen sowie demjenigen, welcher an Stelle des Lehrherrn die Ausbildung zu leiten hat, zu Folgsamkeit und Treue, zu Fleiß und anständigem Betragen verpflichtet [13]). Es zeigt sich so, wie sich im Laufe der Zeit der Kreis derer, die zur Züchtigung berechtigt sind, erweitert hat. Welch ein Abstand von der Zeit, die nur eine Gewalt über das Kind kannte, die des Vaters!

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit kann es nicht sein, alle Personenkreise, die in Betracht kommen können, heranzuziehen und zu prüfen, inwieweit ihnen ein Züchtigungsrecht zusteht. Außer Betracht bleibt auch die vertragsmäßige übertragung des Erziehungsrechts vom Gewalthaber auf dritte Personen. Untersucht wird lediglich die Frage, ob sonstigen dritten Personen ein Züchtigungsrecht gegenüber fremden ungezogenen Kindern, zu denen sie in keinem besonderen Erziehungsverhältnis stehen, zusteht [14]). Zur Erläuterung der Fragestellung mögen einige Fälle dienen, die sich ereignet haben.

Ein Herr sieht auf der Straße einen ihm unbekannten Jungen damit beschäftigt, die Glasscheibe eines Briefkastens einzuschlagen und die Scherben zusammen mit denen eines Blumentopfes in den Briefkasten hineinzuwerfen. Der Herr gibt dem Jungen zwei Ohrfeigen. Der Vater steht auf dem Standpunkt, daß er seine Kinder allein schlagen darf und erstattet Strafanzeige wegen Körperverletzung.

Ein anderer Herr sieht, wie einige Jugendliche den Hund einer älteren Dame mit Steinen bewerfen und in roher Weise quälen. Da sie trotz Abmahnung und Drohung nicht davon ablassen, faßt er einen der übeltäter und gibt ihm die verdienten Prügel.

Ein Herr wird ständig von den Kindern seines Mitbewohners belästigt und häufig mit Schmutz beworfen. Alle Beschwerden beim Vater helfen nicht, da dieser gegen die Belästigung des ihm verhaßten Mannes keine energischen Schritte unternimmt. Eines Tages hilft sich der Herr selbst und prügelt einen der Jungen unter den Augen des Vaters durch.

Ein Gärtner ertappt zwei Jungens, die in seinem Garten Vogelnester ausgenommen und die kleinen Vögel getötet haben. Er verabfolgt ihnen ein paar tüchtige Ohrfeigen.

---

13) Ueber Konkurrenz des Züchtigungsrechts aus § 127 a Gewerbeordnung und dem Züchtigungsrecht des Vaters vgl. Brinkmann a. a. O. S. 21.

14) Daß diese Frage sehr interessiert, geht aus den zahlreichen Artikeln in den Tageszeitungen hervor, die sich mit diesem Stoff befassen, und aus der großen Beachtung, die die Frage in der juristischen Literatur gefunden hat. Wenn auch die Lehrbücher zum großen Teil die Frage nur kurz berühren und keine begründete Stellungnahme bringen, so sind doch äußerst zahlreiche Aeußerungen in Abhandlungen und Aufsätzen der Fachliteratur vorhanden, vor allem aber Urteile der Obersten Gerichte. Dafür, daß die Frage allgemein interessiert, spricht auch der Umstand, daß der Frankfurter Rundfunk-

Alle vier Fälle unterscheiden sich. Einmal ist der Züchtigende selbst der Angegriffene, einmal eine dritte Person, einmal die Öffentlichkeit. Einmal sind die Erziehungsberechtigten zugegen, einmal nicht. Einmal ist der Angriff abgeschlossen, einmal stehen weitere bevor. Auch sonst sind noch Unterschiede vorhanden, die später bei Prüfung der einzelnen Begründungen eines Züchtigungsrechts zu beachten sind. So zeigen diese Fälle so recht das mannigfaltige Bild, das derartige Vorkommnisse dem juristischen Beobachter bieten. Daß die Billigkeit bei solchen groben Ungezogenheiten sehr dringend für ein Straflosbleiben des Züchtigenden spricht, läßt sich wohl nicht leugnen.

Die große Zahl der Entscheidungen höherer Gerichte [15]), die in solchen Streitigkeiten ergangen sind, zeigt einmal das häufige Vorkommen solcher Streitigkeiten. Sie zeigt weiter auch die Zähigkeit, mit der die Parteien, beide von ihrem Recht überzeugt, ihre Belange bis zur letzten Instanz verfolgen. Die Behauptung, daß die Materie eine sehr umstrittene und sehr interessierende ist, wird dadurch noch mehr gestützt. Die ergangenen Urteile sind nach Entscheidung und Begründung sehr verschieden, auch in der Literatur herrscht lebhafter Streit.

Die Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, zur Lösung dieser Frage beizutragen. Wie ist es mit der Widerrechtlichkeit der Handlungen des in obigen Fällen züchtigenden Dritten bestellt? Ein etwaiger Schuldausschluß wegen Irrtums soll nicht in den Rahmen dieser Arbeit fallen [16]). Einmal würde diese Prüfung die Frage nur wenig fördern. Es kann dem Umstand, ob im Einzelfall der Züchtigende eine Befugnis zur Züchtigung annahm oder nicht, keine Bedeutung für die Beantwortung der Frage, darf ein Dritter züchtigen, beigemessen werden. Die Behandlung würde ein tieferes Eingehen auf die umstrittene Irrtumslehre [17]) verlangen und über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

---

sender seinen Hörern am 23. 10. 28 einen Vortrag bot, der sich mit dieser Materie beschäftigte.

15) Entscheidungen des Reichsgerichts sind in dieser Materie selten, da die leichte Körperverletzung gewöhnlich beim Oberlandesgericht als letzter Instanz endigt. Um so häufiger sind die Entscheidungen der OLG.'e in dieser Frage. Es sind nur wenige OLG., die nicht zu der Frage schon Stellung genommen haben. Oft ist das in mehreren Entscheidungen der Fall gewesen.

16) Von manchen Autoren wird versucht, von der subjektiven Seite, dem Irrtum, aus eine eventl. Straflosigkeit des Züchtigenden abzuleiten. Zitelmann a. a. O. S. 101 ff.; Geider a. a. O. S. 52 ff.; Gilbert a. a. O. S. 41; Rotering a. a. O. S. 62 ff., bes. S. 66; OLG. Kiel vom 5. 12. 96 in G. A. 44, 275. Vgl. auch RGSt. 4, 100; 33, 32.

17) Beachte die sehr bestrittene und anfechtbare Unterscheidung des RG. zwischen beachtlichem Tatirrtum und Rechtsirrtum, der wieder in beachtlichen außerstrafrechtlichen und nichtbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum zerfällt (eine solche Einteilung läßt sich tatsächlich häufig gar nicht durchführen). Vgl. auch die kritische Besprechung der Irrtumslehre des RG. bei Binding, G. S. 81, S. 19 ff.

Besonderes Interesse haben die Fälle gefunden, in denen nicht der Züchtigende selbst von der Ungezogenheit betroffen wurde und die Eltern entweder zugegen waren, aber nicht eingriffen oder ihre Ablehnung einer Züchtigung durch Dritte dem Züchtigenden bekannt war. Es bereitete der juristischen Beurteilung große Schwierigkeiten festzustellen, ob auch bei solcher Sachlage eine Züchtigung gerechtfertigt wäre.

Die Aufgabe dieser Arbeit ist nach alledem, zur Lösung der Frage beizutragen, ob die Züchtigung eines ungezogenen Kindes in der Öffentlichkeit durch einen Erwachsenen, der zu ihm in keinem besonderen Erziehungsverhältnis steht, rechtswidrig ist, sei es, daß der Dritte selbst, ein anderer oder die Allgemeinheit Gegenstand des Angriffs sind oder zu werden drohen, und sei es, daß eine Ablehnung der Züchtigung durch die Erziehungsberechtigten erkennbar ist oder nicht [18]. Die Mannigfaltigkeit ist geeignet, eine einheitliche Beantwortung der Frage zu erschweren [19].

---

18) Die Verschiedenheiten erhöhen sich noch, wenn man praktische Fälle heranzieht, besonders was den Züchtigungsanlaß anbelangt. So wundert es nicht, wenn in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte immer wieder im einzelnen von früheren Urteilen abweichende Stellungnahme zu finden ist.

19) Gegen Annahme eines Züchtigungsrechts, meist aber wohl nur eines allgemeinen Züchtigungsrechts RGSt. 4, 99; 20, 371; Olshausen a. a. O. zu § 223 Anm. 10; Klein a. a. O. S. 206; OLG. Kiel vom 27. 6. 25 in JW. 1925, 2159; OLG. Stuttgart vom 8. 11. 1922 in Z. St. W. 44, 490; Gerland a. a. O. S. 119; Wachenfeld a. a. O. S. 131; Meyer-Allfeld a. a. O. S. 198; Kipp S. 314; OLG. Karlsruhe vom 13. 12. 1916 in D. St. Z. 1917 S. 96; OLG. Kiel vom 21. 1. 1920 in G. A. 69, 145 u. a.

Hauptteil: I. Allgemeiner Teil.

§ 2. Begriffliche Grundlagen, Zweck und Wesen des Züchtigungsrechts.

Da die Literatur den Ausdruck Züchtigung und die von diesem abgeleiteten Bezeichnungen nicht in einheitlichem Sinne verwendet, ist es nötig, auf die begrifflichen Grundlagen einzugehen. Mißverständnisse werden so vermieden und gleichzeitig wird weiterhin eine klarere Umgrenzung dessen, was die Aufgabe will, erreicht.

Umfang und Bedeutung der Worte Züchtigung und Züchtigungsrecht sind bestritten [1]). Nach Schäffer [2]) ist unter Züchtigungsrecht „ganz allgemein das Recht zu verstehen, Mittel (das sind Züchtigungen) anzuwenden, die dazu bestimmt sind, die in gewissen Lebensgemeinschaften bestehende Ordnung (d. i. Zucht) aufrechtzuerhalten". Der logische Fehler Schäffers [3]) besteht darin, daß er einmal den Begriff, „Mittel, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung, also zur Zucht, dienen," mit dem Begriff „Züchtigungen" gleichsetzt. Weiter, daß er meint, nicht alle Mittel, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung dienten, seien Zuchtmittel. Vielleicht liegt dieser Fassung eine Ungenauigkeit des Ausdrucks zugrunde, denn am Schluß stellt er den Satz auf: „Zuchtmittel ist nur die Zufügung eines übels oder eines Schmerzes". Wenn hier statt Zuchtmittel Züchtigung eingesetzt wird, ist der Satz richtig. Richtig ist zu sagen: Züchtigungsrecht ist das Recht, Züchtigungen (sie sind eine Unterart von Erziehungsmitteln oder Zuchtmitteln, d. h. Mitteln, die zur Aufrechterhaltung und Herstellung der Zucht dienen) anzuwenden und unter Züchtigung ist nur die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit zu verstehen. Zu den Erziehungs- oder Zuchtmitteln gehört nach richtiger Meinung auch z. B. ein Einwirken durch Tadel, Lob, Ermahnungen, Belohnungen, durch gutes Beispiel. Das ist auch Hubrichs [4]) Ansicht. Dieser wendet Züchtigung nicht im allgemeinen Sinne an, sondern

---

1) Mit Recht meint Donner a. a. O. S. 14, daß diese Meinungsverschiedenheiten oft daher rührten, daß man ungenau im Ausdruck sei. Besonders gilt das für die Begriffe Zuchtmittel und Züchtigung, die man gleichsetzt.

2) Schäffer a. a. O. S. 4.

3) Derselbe Fehler bei Brinkmann S. 43; J. Kaufmann a. a. O. S. 15; er wird von Donner a. a. O. S. 14 richtig festgestellt.

4) Hubrich in G. S. 46, 161 ff.

versteht darunter ebenfalls die körperliche Einwirkung auf jemand. Das deckt sich mit dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Um diesem entgegenzukommen, teilt Schäffer in physische und psychische Einwirkungen ein. Er verkennt dabei aber, daß seine Unterscheidung daran krankt, daß jede physische Einwirkung eine psychische (Erweckung von Schamgefühl, von Reue) zugleich sein muß, wenn sie Erfolg haben will. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens denkt bei Züchtigen an eine rein körperliche Einwirkung, während man an Zucht- oder Erziehungsmitteln viele kennt. Diesem Sprachgebrauch folgen auch die gerichtlichen Entscheidungen sowie die Erlasse und Verordnungen der in Frage kommenden Behörden. In den Dienstanweisungen der Lehrer werden neben der körperlichen Züchtigung dann andere Zuchtmittel angeführt wie Tadel, Verweis, Nachsitzenlassen [5]).

Im Ergebnis ist festzustellen [6]): Züchtigungsrecht bedeutet das Recht, Züchtigungen (zum Zwecke der Erziehung) vorzunehmen. Züchtigung ist nicht mit Zuchtmittel gleichzusetzen, letzteres ist der Oberbegriff. Unter Züchtigung ist nur eine körperliche Einwirkung zu verstehen. Es folgt, daß die Prüfung der Berechtigung, ein Kind etwa durch Schelten, Drohen, Einsperren zurechtzuweisen, nicht unter diese Aufgabe fällt. Auf die sich daran knüpfende Frage der Beleidigungsfähigkeit des Kindes ist daher nicht einzugehen [7]).

Wenn in der vorliegenden Arbeit das Wort Züchtigungsrecht im subjektiven Sinne — im objektiven Sinne würde es bedeuten, die Normen, die sich mit der Züchtigung befassen — gebraucht wird, so ist zu beachten [8]), daß es sich nicht immer um ein wahres subjektives Recht oder eine Befugnis [9]) handelt. Es handelt sich nicht nur darum, die Möglichkeit zu suchen, ein subjektives Recht oder eine Befugnis zur Züchtigung zu beweisen, sondern es sind alle Gesichtspunkte herangezogen, die die Rechtswidrigkeit einer solchen Züchtigung verneinen können. Dabei darf vorher die Prüfung nicht unterlassen werden, ob durch die Züchtigungshandlung ein Deliktstatbestand überhaupt erfüllt wird.

Der Zweck der Züchtigung ist Erziehung [10]). Dieser Gedanke läßt sich aus dem positiven Recht begründen. Das lehrt die Beant-

---

5) Angeführt bei Donner a. a. O. S. 17.

6) Zustimmend G. Esch a. a. O. S. 4; Donner S. 19.

7) Diese wird meist bejaht. So von Ebermayer a. a. O. § 185 Anm. 4; Olshausen a. a. O. S. 846, Binding a. a. O. S. 139. R G. St. E. 10, 372; 27, 368. Mit Einschränkungen bejaht von Frank a. a. O. S. 401, Liszt-Schmidt § 95, II, 2.

8) Vgl. hierzu Oetker, G. S. 87 S. 420 ff.; auch G Esch a. a. O. S. 17: „Es handele sich darum, als unverboten darzutun, was fälschlich im Gewande eines subjektiven Rechts auftrete."

9) Ob das Züchtigungsrecht ein subjektives Recht oder eine Befugnis darstellt, ist bestritten. Nach der h. M. ist letzteres der Fall.

10) Ueber ihr Verhältnis zur Strafe vgl. den folgenden Abschnitt.

wortung der Frage: wem steht ein Züchtigungsrecht zu? Es steht zu dem Vater, der Mutter, dem Vormund über Minderjährige, teilweise dem Lehrer, dem Lehrherrn. Das Züchtigungsrecht muß daher als Ausfluß des Erziehungsrechtes angesehen werden. Wenn Hubrich[11]) dagegen anführt, dem Ehemann gegenüber der Ehefrau und der Dienstherrschaft gegenüber dem Gesinde stehe zwar kein Erziehungs- aber bisweilen ein Züchtigungsrecht zu, so kann das damit abgetan werden, daß heute beiden Personenkategorien ein Züchtigungsrecht nicht mehr zugebilligt wird. Das ausgebildete heutige Recht hat ihnen, weil sie keine Erziehungsaufgabe haben, das Züchtigungsrecht entzogen; ein Beweis für die Behauptung: „das Züchtigungsrecht bezweckt die Erziehung“[12]). Eine Züchtigung würde sich als ein Akt brutaler und niedriger Gesinnung darstellen, wenn sie lediglich als Deckmantel für die Befriedigung der persönlichen Rache, der augenblicklichen Zornes oder sonstiger unsittlicher Gelüste dienen sollte. Aus dem Erziehungszweck ergibt sich, daß die Züchtigungshandlung nicht gesundheitsgefährlich oder schädlich sein darf, sondern angemessen sein muß. Ist das nicht der Fall, so ist es eben keine Züchtigung, und die Handlung kann nie durch ein zustehendes Züchtigungsrecht gedeckt werden. An diesem Grundsatz ist festzuhalten. Die Handlung muß sich nach ihrem Anlaß und ihrem Maß als Erziehungshandlung darstellen[13]).

Das Wesen des Züchtigungsrechts besteht darin, daß es gewisse Maßnahmen erlaubt, die Eingriffe in die Rechtssphäre des Kindes darstellen[14]). Die Züchtigung zeigt sich als eine Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit[15]), das dem Kinde ebenso im § 823 BGB., wie im § 223 StGB. gewährt wird[16]). Wie oben schon festgestellt, wird bei der Züchtigung immer die Hervorrufung eines Schmerzgefühls beabsichtigt. Als Folge einer Zuchtlosigkeit und zum Zwecke der Verhütung weiterer Ungezogenheiten, also der Besserung, der Erziehung wird dem Kinde ein Schmerz zugefügt. Die Veranlassung ist demnach ein pflichtwidriges Verhalten des Kindes. Gleichwohl ist die Züchtigung nicht Strafe, sie unterscheidet sich im Zweck von ihr. Ohne auf die Lehren von dem verschiedenen Zwecke der Strafe (z. B. Vergeltung, Sicherung, Besserung, Unschädlichmachung) einzugehen, kann festgestellt werden: Züchtigung ist nicht Strafe im

---

11) Hubrich a. a. O. S. 162.

12) Zustimmend Schäffer a. a. O. S. 5; Donner a. a. O. S. 20. Beide nehmen ausführlich gegen Hubrich Stellung, der aber in den Hauptfällen, in denen die Rechtsordnung ein Züchtigungsrecht verleiht, zugibt, daß hier das Züchtigungsrecht als Ausfluß eines Erziehungsrechts anzusehen sei.

13) Vgl. Gilbert in Fischers Zeitschr. 33 S. 15 ff.

14) Vgl. J. Kaufmann a. a. O. S. 16; Donner S. 22.

15) Auch dem Kinde, daran läßt § 1 BGB. keinen Zweifel.

16) Nach § 223 StGB. wird bestraft, wer einen anderen mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt.

Rechtssinne. Gegen ein Kind, ohne Rücksicht auf dessen Strafmündigkeit, wird vorgegangen. Vergeltung und Sicherung spielen kaum eine Rolle. Der Erziehungszweck, an dem freilich die kriminelle Strafe auch teilnimmt, steht hier ganz im Vordergrund. Das Kind soll durch die Züchtigung gebessert, erzogen werden.

J. Kaufmann S. 17 weist auf Exekutionen vor versammelter Schulklasse hin. Gewiß wird hier daneben noch eine Abschreckung der anderen Schüler bezweckt. Der Unterschied von der Strafe fällt dadurch aber nicht weg. Es handelt sich hier um einen Einzelfall unter den besonderen Umständen der Schule. Und es überwiegt auch hier, wie J. Kaufmann selbst zugibt, bei weitem der Besserungszweck, der Erziehungsgedanke.

Nach einzelnen Ansichten [17]) stellt sich im Verfolg der eben bekämpften Anschauung das Züchtigungsrecht als eine Art Strafrecht für causae minores der Kinder dar. Durch eine Strafdelegation des Staates an den Züchtigungsberechtigten sei dieser „Richter und Vollstreckungsbeamter in einer Person" [18]) geworden. Demgegenüber ist nochmals darauf hinzuweisen, daß bei der Züchtigung das Erziehungsinteresse des Kindes bei weitem im Vordergrund steht. Finger [19]) ist durchaus zuzustimmen, wenn er sagt: „der Erzieher soll dem Zögling nicht vornehmlich als derjenige erscheinen, der seinen Willen durchzusetzen vermag, er soll dem Zögling gegenüber aus seinem Willen keine Machtfrage machen". Hier liegt der wesentliche Unterschied zwischen Wesen, Aufgabe und Zweck der Erziehungsgewalt und der Strafgewalt der Staatsobrigkeit.

Eine Bestimmung der Begriffe Erwachsener und Kind im Sinne dieser Arbeit, etwa nach dem Alter zu geben, ist nicht möglich. Die Entwicklung und Reife der einzelnen Menschen ist eine zu verschiedene. Auch G. Esch S. 5 meint, es komme auf die Persönlichkeit, nicht auf die Lebensjahre an, um festzustellen, ob eine Person ein Kind [20]) oder ein Erwachsener sei. Es wird schwierig zu beurteilende Grenzfälle geben, da die Jugendlichen hier einerseits zu den Kindern zu rechnen sind, andererseits aber auch Fälle denkbar sind, in denen Jugendliche zur Züchtigung von Kindern schreiten.

---

17) J. Kaufmann a. a. O. S. 17; Kulemann a. a. O. S. 340 ff.

18) J. Kaufmann S. 17; bei Kulemann S. 340 „hat man aber . . . zur Ergänzung und als Ersatz des öffentlichen Strafrechts ein privates Züchtigungsrecht anerkannt". Vgl. weiter Liszt-Schmidt a. a. O. § 35, II mit weiterem Material.

19) Finger a. a. O. S. 85; zustimmend auch Geider a. a. O. S. 39.

20) Nach Oetker, G. S. 87, 427 gehören auch die Halbwüchsigen dazu. Man wird das billigen müssen. Sie stehen der Individualität des Kindes näher als den Erwachsenen. Auch geben gerade sie oft den meisten Anlaß zu energischem Einschreiten.

§ 3. Die Bedeutung des Züchtigungsrechts für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit.

Eine Züchtigung ruft die Erscheinung einer Körperverletzung hervor. Sie erregt Schmerzen, Mißbehagen, stört mehr oder weniger das körperliche Wohlbefinden, und nimmt dadurch die Merkmale einer Körperverletzung an [1]). Eine solche Körperverletzung ist ein Delikt des Strafgesetzbuchs. § 223 I StGB. lautet: Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung . . . bestraft." Die Folgen einer Körperverletzung können weiter auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts liegen und in Gestalt von Ansprüchen auf Schadenersatz nach § 823 BGB. und auf Schmerzensgeld nach § 847 BGB. auftreten.

Im Gegensatz dazu findet sich in der Literatur nicht selten die Ansicht [2 3]), eine körperliche Einwirkung zum Zwecke der Züchtigung stelle gar keine Körperverletzung dar. Olshausen zu § 223, ähnlich Frank zu § 223 verlangen für den Begriff der Körperverletzung eine unangemessene üble Behandlung, durch die entweder das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität beseitigt wird. Das Reichsgericht [4]) fordert dagegen nur eine nicht unerhebliche Einwirkung auf den Körper. Speziell für unseren Fall sagt Oetker: „Diente dem Täter der Schlag nur als Mittel der Rüge, der psychischen Einwirkung zum Zwecke der Erziehung des Jugendlichen und wurde solches Maß nicht überschritten, so liegt keine Körperverletzung vor." Und Eckstein: „Man darf nicht die Züchtigungshandlung völlig isoliert betrachten, losgelöst von ihrem Zweck und unbekümmert um ihren eigentlichen Inhalt. Inhalt der Züchtigungshandlung ist nicht Schmerzzufügung, sondern ihr Inhalt ist Erziehung . . . Eine Handlung, die Erziehungshandlung ist, kann nicht Mißhandlung sein". Eckstein legt nicht auf die Rechtsmäßigkeit das Gewicht, sondern auf den Charakter als Erziehungshandlung. Wird dieser bejaht, dann tritt nie Strafe ein, wird er verneint, schützt auch ein zustehendes Züchtigungsrecht nicht. Da der Zweck der Züchtigung Erziehung, nicht Mißhandlung sei, brauche man nach keinem Züchtigungsrecht zu suchen; es sei gar keine strafbare Handlung vorhanden. Derselbe Ge-

---

1) Ebenso Hubrich a. a. O. S. 164; RGSt. 5, 197.

2) Eckstein, G. A. 56, 282 ff.; Oetker, G. S. 87, 421 ff. Havenstein a. a. O. S. 243: „Wird nicht jeder Unbefangene höchstlich erstaunt sein, wenn ihm der Jurist sagt, das Strafgesetzbuch des eigenen Landes nenne jene Erziehungshandlungen Körperverletzungen und Mißhandlungen und man müsse nach einem besonderen Gesetze oder einer besonderen Verordnung suchen, sie ihm im Einzelfalle zu entreißen." Weiter Kahl in Z. St. W. 29, 368 ff.

3) Vgl. auch die Anm. von Endemann zum Urteil des OLG. Hamm in JW. 1924 S. 1788 Nr. 12, die Erziehungshandlung sei eine wohltätige Fürsorgehandlung, keine Körperverletzung".

4) RGSt. 32, 115; 29, 60.

sichtspunkt der Verneinung der erfüllten Deliktsbeschreibung ist manchen maßgebend gewesen, um für Straflosbleiben des operativen Eingriffs einzutreten. Es ist ohne Zweifel anzuerkennen, daß diese Stimmen den Sprachgebrauch für sich haben und darum bestechend erscheinen. Juristische Fragen und Begriffe erfordern jedoch eine zweck- und sinngemäße Formulierung [5]). Die Berücksichtigung einer fehlerhaften Terminologie oder Vorstellung ist nicht zulässig, auch wenn sie dem gewöhnlichen Sprachgebrauch noch so sehr entspricht. Es steht fest, daß die Züchtigungshandlung beim Gezüchtigten ein Schmerzgefühl erregt. Sie ist also objektiv Körperverletzung [6]). Der Züchtigende ist sich auch des Charakters seiner Handlung wohl bewußt. Mit Geider [7]) muß gesagt werden, daß es sich ja nicht darum handelt festzustellen, ob das generelle Unwerturteil, das der Staat gefällt hat, auch in dem einzelnen Falle zutrifft, sondern ob das Verhalten die Deliktsbeschreibung des § 223 StGB. überhaupt erfüllt. Das ist bei der Züchtigung der Fall [8]).

Die oben genannten Rechtsfolgen der Züchtigung treten jedoch nur dann ein, wenn die Handlung rechtswidrig vorgenommen wurde. Das ist nicht der Fall, wenn ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht [9]). Soweit ein Züchtigungsrecht besteht, ist bei einer Handhabung die Rechtswidrigkeit durch diese der strafrechtlchen Norm gegenübertretende Befugnis ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat einen generellen Tatbestand aufgestellt, der alle in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Fälle umfaßt [10]). Die Ausnahmen, die Unrechtsausschließungsgründe, hat er nicht zusammengefaßt, sie sind in allen Rechtsgebieten zu suchen. Als primär erscheint der verbietende, als sekundär der erlaubende Rechtsatz [11]). Der erlaubende Satz geht dem verbietenden vor. Das Gesetz kann nicht an einer Stelle eine Handlung erlauben, ja fordern, und an anderer Stelle sie für rechtswidrig erklären. Das hieße mit der einen Hand geben und mit der anderen Hand nehmen [12]). Die Handlung, die eine De-

5) Zustimmend J. Kaufmann a. a. O. S. 14; Donner a. a. O. S. 23; Geider S. 21.

6) RGSt. 4, 99.

7) Geider S. 20.

8) Zustimmend die Ansicht Rosenbergs in G. S. 62, 68 und die Definition des Oberreichsanwalts in RGSt. 25, 385: „Mißhandlungen sind diejenigen Eingriffe in die körperliche Integrität und den körperlichen Organismus, die geeignet erscheinen, Schmerzgefühl hervorzurufen, körperliches Mißbehagen herbeizuführen, eine Störung des körperlichen Wohlbefindens herbeizuführen."

9) Als solche kommen in Betracht etwa: Notwehr, Selbsthilfe, Amts- und Dienstpflichten, Erziehungs- und Disziplinarrechte bestimmter Personen. Dazu kommen noch generelle Befugnisse, die das Gesetz gewissen Personen und Personenverbänden gibt. Vgl. Sauer, Grundl. d. Strafrechts S. 320 f.; Gilbert a. a. O. S. 15 ff. Vgl. weiter Liszt-Schmidt a. a. O. § 35, II.

10) Vgl. hierzu Ahrens a. a. O. S. 3.

11) J. Kaufmann a. a. O. S. 31.

12) So auch Hegler a. a. O. Anm. 31.

liktsbeschreibung erfüllt, ist nur so lange rechtswidrig, als nicht besondere Umstände — Unrechtsausschließungsgründe — eingreifen. Welche als solche für den vorliegenden Fall in Frage kommen, ist weiter unten zu ersehen. Es muß Geider [13]) beigepflichtet werden, wenn er feststellt: „Die innere Kraft der Behauptung, Züchtigung sei keine Körperverletzung, liegt darin, daß sie eine berechtigte Reaktion gegen eine gerade bei unserer Frage angewandte Praxis ist, daß jede Handlung, die eine Deliktsbeschreibung des Strafgesetzbuchs erfüllt, auch bestraft werden müsse, wenn nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung durch eine bestimmte, besondere andere, wohl gar ausdrückliche Bestimmung der Rechtsordnung ausgeschlossen ist, die die mangelnde Rechtswidrigkeit für bestimmte Fälle ausspricht". Es muß untersucht werden, ob sich nicht auch ohne eine spezielle, ausdrückliche Bestimmung der Rechtsordnung aus dem Zweck und Zusammenhang der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und den Grundprinzipien unserer gesamten Rechtsordnung eine Verneinung der Widerrechtlichkeit ergeben kann.

§ 4. Betrachtung der Interessenlage.

Wenn man vor der Prüfung des Bestehens des Züchtigungsrechts auf die Interessenlage eingeht [1]) und untersucht, welche und wie starke Interessen für und gegen die Zubilligung eines solchen Rechtes sprechen, so könnte das vielleicht freirechtlich anmuten. Man könnte sagen, es wird zu stark die Billigkeit betont, von ihr ausgegangen und nicht vom positiven Recht [2]). Allein ein solcher Vorwurf wäre hier unberechtigt. Die Materie ist im Gesetz stiefmütterlich behandelt, und die wenigen Fälle der positiv geregelten Züchtigungsrechte können für den vorliegenden Fall wenig Aufschluß geben [2a]). Nicht gegen die Rechtsordnung soll ja der Billigkeit und der Interessenlage Geltung verschafft werden, sondern mit Hilfe der Rechtsordnung und den in ihr zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken. Die mannigfaltigen Interessen, die bei einer Züchtigung durch Fremde berührt

---

13) a. a. O. S. 21.

1) Wie das auch Donner und Geider a. a. O. S. 37 und S. 10 getan haben.

2) Dieser Fehler wird tatsächlich von Esch gemacht, wo zu einseitig von der Billigkeit und den Interessen ausgegangen wird. Gewiß soll das Recht der Billigkeit und Interessenlage entsprechen. Ein Rechtssatz, der als solcher feststeht, muß aber angewandt werden, auch wenn er unbefriedigend ist.

2a) Von einigen — so Klein a. a. O. 207; Olshausen zu § 223 Anm. 10; OLG. Kiel vom 27. 6. 25 in JW. 25, 2159 — wird daraus, daß das positive Recht einem Personenkreis ausdrücklich ein Züchtigungsrecht zubilligt, gefolgert, daß es ein Züchtigungsrecht der Erwachsenen nicht kennt. Dieser Erwägung kann Geltung höchstens gegen ein allgemeines Züchtigungsrecht der Erwachsenen zugebilligt werden. Über die Frage, ob eine Züchtigung fremder Kinder, die durch einen Erwachsenen vorgenommen wird, immer rechtswidrig ist, sagt sie nichts.

werden, sind es gerade, die die Entscheidung erschweren. Die Betrachtung der Interessenlage zeigt uns auch schon viele Gesichtspunkte, die in der Rechtsordnung Ausdruck gefunden haben und bei der Prüfung des Bestehens eines Züchtigungsrechts eine Rolle spielen. Vor allem aber gibt sie einen Maßstab für die Beurteilung der Brauchbarkeit einer gefundenen Lösung. Von dorther erfolgen in der Literatur auch die meisten Angriffe. Daß eine gefundene Lösung den Interessen nicht gerecht würde, wird von anderer Seite oft gegen diese ins Feld geführt. Auch von seiten derer, die sich mit dem Züchtigungsrecht befaßt haben, wird oft ein Interesse betont. „Diese mannigfaltigen Interessen, die bald zu einer Bestrafung, bald zu einer Nichtbestrafung hindrängen, weisen uns den richtigen Weg, indem sie uns zwingen, die Gesichtspunkte zu behandeln, von denen eine Lösung allein möglich ist“ [3]). Es ist also für die Behandlung des Problems durchaus nötig, die Interessenlage ins Auge zu fassen und festzustellen, welche Interessen durch die Züchtigung verletzt und welche gewahrt werden. Dabei ist als Interesse [4]) nicht jeder subjektive Wunsch, der in Frage kommen könnte, zu fassen. Herangezogen und berücksichtigt werden dürfen nur solche Interessen, die nach den unserer Rechtsordnung zugrundeliegenden Anschauungen Anerkennung und Schutz verdienen.

In Betracht kommt in erster Linie das Interesse des Kindes, und zwar sein Interesse an körperlicher Unversehrtheit. Dieser Schutz hat in § 223 StGB. Ausdruck gefunden. Der Anspruch des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gehört zu den Persönlichkeitsrechten, nur in besonderen Fällen darf dieses Recht verletzt werden.

Ein anderes Interesse des Kindes besteht daran, daß es zu einem ordentlichen Menschen erzogen wird. Dieses Interesse würde auf Nichtbestrafung der Züchtigung hindeuten [5]). Auf das Erziehungsinteresse des Kindes wird vor allem von denen hingewiesen, die zu einer Nichtbestrafung nach dem Prinzip des wahren Wohles kommen. Allein eine ordentliche Erziehung ist auch mit anderen Mitteln möglich, wie etwa Warnung, Drohung, Verweis. Die körperliche Züchtigung kommt immer mehr in Mißkredit. Wie schon festgestellt, geht die Tendenz dahin, daß mit der sich steigernden Kultur die Intensität der Erziehungsmittel immer mehr nachließ und ein Eingehen auf die

---

3) Donner a. a. O. S. 37.

4) Hinsichtlich der verschiedenen Bedeutungen, die das Wort „Interesse“ haben kann, vergleiche den Artikel von Manigk „Interesse“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Bd. 3 S. 297 ff.

5) Der Gedanke tritt vor allem im Jugendwohlfahrtsgesetz vom 1. April 1924 hervor, dessen § 1 das Recht des Kindes auf Erziehung betont. Der allgemeine Leitgedanke, der hier klar hervortritt, ist der, daß das Kind ein selbständiges Objekt sozialer Fürsorge geworden ist. Es hat einen Anspruch, gegen Verwahrlosung auf sittlichem, geistigem oder körperlichem Gebiet geschützt zu werden. Vgl. die näheren Ausführungen im § 10.

Besonderheiten des kindlichen Gemüts an die Stelle trat [6]). In der heutigen Zeit ist diese Tendenz besonders stark geworden [7]). In manchen Ländern ist die körperliche Züchtigung in der Schule ganz verboten worden [8]). Es kann nicht geleugnet werden, daß die körperliche Züchtigung kein ideales Erziehungsmittel ist und daß sie oft ein zwar bequemes, aber oberflächliches und schlechtes Mittel für den Erzieher darstellt. Es kann aber dennoch wohl einer Einschränkung der Züchtigung, aber nicht einer gänzlichen Verpönung für alle Fälle das Wort geredet werden. Die allgemeine Meninung erkennt die Züchtigung noch als ein in vielen Fällen notwendiges Erziehungsmittel an. Als ultima ratio ist sie in gewissen Situationen nicht zu entbehren. Es gibt Kinder, die allen Ermahnungen und Warnungen gegenüber verschlossen bleiben, sich nur der Drohung oder Anwendung einer körperlichen Züchtigung beugen. Oft ist es gar nicht die körperliche Einwirkung selbst, sondern das Empfinden des Kindes, auf solche Art gestraft werden zu müssen, welches die erzieherische Wirkung hat [9]). Durch den Bruch des Trotzes wird oft der Weg zur besseren Einsicht gebahnt. Daß dieser Standpunkt der Gesetzgebung nicht fremd ist, ist von selbst gegeben. Denn andernfalls würde vom Gesetz nicht den Eltern und anderen Personen im Erziehungsinteresse des Kindes ein Züchtigungsrecht zugebilligt werden [10]). Geider S. 12 ist zuzustimmen, wenn er sagt, daß Lehrer und

6) Vgl. schon die Geider S. 11 entnommenen Verse Walthers von der Vogelweide:

Nieman kann mit gerten
Kindes zuht beherten
Den man zêren bringen mag
Dem ist ein wort als ein slac.

Weiter ein Satz von Luther bei J. Kaufmann S. 4: „Viell ungeschickte Schulmeister verderben mit ihrem Poltern, Stürmen, Streichen und Schlagen feine Ingenia, wenn sie mit den Kindern anders nicht, als ein Henker und Stockmeister mit dem Dieb, umgehen."

7) Vgl. den Ministererlaß an die Lehrer vom 24. 4. 1920. Er gibt den Hinweis, daß die Anwendung der körperlichen Züchtigung seit Jahren zurückgegangen sei, daß aber doch der Eindruck vorhanden sei, als werde die von allen bedeutenden Erziehern vertretene Anschauung, wonach die körperlich Züchtigung nur in Ausnahmefällen als letztes Mittel anzuwenden sei, nicht genügend beobachtet. Es liege daran, die Lehrerschaft nicht nur für diesen Grundsatz sondern darüber hinaus für den Gedanken zu gewinnen, daß die körperliche Züchtigung ein Mittel sei, dessen Anwendung mit dem Geist der Zeit nicht mehr zu vereinbaren sei und das daher aus der Schule ganz verschwinden müsse.

Der neueste Erlaß von 1928 verbietet sogar eine körperliche Züchtigung der Knaben in der Grundschule in den ersten 4 Klassen. Mädchen gegenüber ist niemals körperliche Züchtigung zulässig. Ältere Knaben dürfen nicht wegen Unfleißes oder wegen geringer Leistungen gezüchtigt werden.

8) Z. B. in Sachsen.

9) G. Esch a. a. O. S. 36.

10) Vgl. OLG. Dresden vom 27. 2. 02 bei J. Kaufmann S. 14, das weiter ausspricht, die Erfahrung lehre, daß eine angemessene körperliche Züchtigung unentbehrlich und unter Umständen das wirksamste Mittel sei. Weiter OLG. Jena vom 4. 12. 12. in G. A. 60, 499.

Eltern, die die Erziehung ihrer Kinder ständig überwachen, kraft ihres dadurch gegebenen Einflusses schon eher auf eine Züchtigung verzichten können als gerade wie in unserer Frage Dritte, die Flegeleien von Gassenbuben gegenübertreten, bei denen sie mit der geforderten sensiblen Methode höchstens Spott ernten, niemals aber zum Ziele kommen werden [11]). Die leider noch allzu häufig auftretenden Überschreitungen der Züchtigung nach Anlaß und Maß, ja regelrechte Rohheiten, können nicht gegen die Anwendung einer angemessenen körperlichen Züchtigung ins Feld geführt werden. Ihre strenge Verfolgung und Bestrafung ist eine Kulturforderung. Wenn nun dem Erziehungsinteresse des Kindes ein schweres Gewicht nicht unbedingt zugesprochen werden kann, so hat dies seinen Grund in folgendem. Eine Züchtigung soll nach den gemachten Feststellungen zum Zwecke der Erziehung erfolgen, sie soll auf den Gezüchtigten einwirken, ihm aber keinen Schaden zufügen. Ein fremder Erwachsener kann hier durch eine im Einzelfall unangebrachte Züchtigung leicht mehr schaden als nützen, da er die körperliche und geistige Veranlagung des Jugendlichen nicht kennt und daher nicht beurteilen kann, was ihm frommt [12]). Man wird dagegen aber wieder sagen müssen, daß Fälle, wo das Kind infolge einer angemessenen Züchtigung durch Dritte Schaden körperlicher oder geistiger Art nimmt, sehr selten sind. Es kann ja auch bei den vom Recht ausdrücklich mit einem Züchtigungsrecht ausgestatteten Personen zutreffen, daß sie der Eigenart des Kindes in einem besonderen Falle nicht gerecht werden können. In den weitaus meisten Fällen wird die auf frischer Tat verabfolgte Züchtigung sehr günstig auf den Jugendlichen einwirken. Sie ist ein probates Mittel, um Ungezogenheiten in der Öffentlichkeit zu begegnen und vorzubeugen. Gleichwohl reichen die vorgebrachten

---

11) Richtig Heimberger in der Gießener Festschrift von 1907 S. 389: „Daß in Sachen der Erziehung und Disziplin nicht immer nur durch freundliche Worte das erstrebte Ziel erreicht werden kann, ist eine Tatsache, die als richtig anerkannt ist, seitdem Menschen erzogen und zur Pflichterziehung angehalten werden . . . Von jeher ist in der Literatur das Recht ihrer Anwendung zu Erziehungs- und Disziplinarzwecken anerkannt worden, nur hat man selbstverständlich jede Überschreitung des gebotenen Maßes für unberechtigt erachtet.“

12) Vgl. Kipp a. a. O. S. 314: „. . . . Da der Dritte die Notwendigkeit und Eignung der Züchtigung für die Individualität des Jugendlichen zu übersehen nicht in der Lage ist“; Hahne a. a. O. S. 70: „Jede Erziehung erfordert, wenn sie ihren Zweck erreichen will, Berücksichtigung der individuellen Art des Kindes. Geistige Mängel können also eine Züchtigung verbieten, ebenso wie körperliche.“ Peter Klein in seinem temperamentvollen Aufsatz a. a. O. S. 206. Er argumentiert: das Reichs- und Landesrecht gewährt ein Züchtigungsrecht nur näherstehenden Personen, die Garantie bieten, daß sie der Individualität des Kindes gerecht werden. Diese Garantie bietet nicht der Dritte, der in Zorn und Entrüstung straft. Auch ist die Beurteilung, ob eine Zuchtlosigkeit vorliegt, ganz verschieden. Ebenso OLG. Stuttgart vom 8. 11. 22 in Z. St. W. 44, 490. Köhler a. a. O. S. 387.

2

Bedenken hin, zu verhindern, daß dem Erziehungsinteresse eine übertriebene Bedeutung für alle Fälle beigelegt wird.

Von Interessen, die durch die Züchtigung eines Kindes seitens eines Drittens berührt werden, kommt ferner das Interesse der Eltern in Frage. Ein Interesse der Eltern besteht zunächst daran, daß die Kinder zu ordentlichen Menschen erzogen werden [13]). Eine Züchtigung durch Fremde auf frischer Tat kann so eine erwünschte Erziehungshilfe sein. Verständige Eltern werden eine solche durchaus billigen.

Ein Interesse der Eltern kann aber auch darauf hindeuten, daß die Erziehung und die Züchtigung der Kinder ihnen allein vorbehalten bleibt mit Ausnahme der dem Lehrer und Lehrherrn zustehenden Züchtigungsrechte. Ihr „Erziehungsmonopol" wird durch die Züchtigung durch einen Dritten verletzt [14]). Dieser Umstand könnte gegen den Züchtigenden sprechen (vgl. die Kritik des Bestehens eines Erziehungsmonopols weiter unten).

Als Interessenträger kommt weiter die Öffentlichkeit in Betracht. Die Öffentlichkeit hat an der Erziehung der Jugendlichen zu ordentlichen Menschen das größte Interesse. Sie nimmt tatsächlich auch positiv Anteil daran. Man denke an den Schulzwang und die Möglichkeit staatlichen Einschreitens bei Vernachlässigung der Erziehung der Kinder durch die primär Erziehungsberechtigten, an Jugendwohlfahrts- und Jugendgerichtsgesetz, an die Bestimmungen der Reichsverfassung und des vierten Buches vom BGB., die sich mit dieser Materie befassen [15]). Auch die Ausdehnung des Züchtigungsrechts auf Lehrer und Lehrherrn zeigt das Interesse, das die Allgemeinheit an der Erziehung, an der Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung nimmt. Unmittelbar hervorstechend ist das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Flegeleien im oben angezogenen Fall. Ein Herr züchtigt einen Jugendlichen dafür, daß er die Scheibe eines Briefkastens zerschlug und mit den Scherben den Briefkasten füllte. An der Verhütung solcher Vorkommnisse hat die Allgemeinheit unmittelbar ein großes Interesse, ebenfalls aber auch an der Bekämpfung sonstiger Flegeleien, die sich gegen einzelne richten. Eine körperliche Züchtigung auf der Stelle ist dazu ein probates Mittel. Der nötigen

---

13) Betont wird dieser Gesichtspunkt von denen, die einer negotiorum gestio für die Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten das Wort reden. Vgl. § 7.

14) Vgl. Eckstein a. a. O. S. 284, der darauf hinweist, daß es sich um Eltern handeln kann, die grundsätzlich nicht durch Züchtigung strafen.

15) Vgl. unten in § 7 die Behandlung des § 679 BGB., wo dieser Punkt ausführlich behandelt wird, vor allem aber die Ausführungen in § 10. Vgl. dazu auch die Begründung der Entscheidungen des OLG. Hamm vom 4. 10. 22 in JW. 1924 S. 1788 Nr. 12; OLG. Hamburg vom 8. 12. 1913 in G. A. 63, 134, ihr zustimmens Ahlers, G. S. 84, 237; OLG. Frankfurt vom 20. 11. 1913 in L. Z. 1914 S. 1143 Nr. 6; Colmar vom 25. 1. 16 in L. Z. 1916 S. 635 Nr. 17; Breslau JW. 1923 S. 310 Nr. 9.

schnellen Wirkung wegen — die Kinder sind schnellebig und eine später erfolgende Züchtigung kann leicht keine oder unerwünschte Wirkung haben [16]) — ist hier ein Einschreiten des Erwachsenen, der der Tat beiwohnt, durchaus erwünscht und im Interesse der Allgemeinheit gelegen.

Bei der Würdigung der Interessenlage muß man sich vergegenwärtigen, daß im einzelnen Falle das Gewicht der einzelnen Interessen ein verschiedenes sein kann [17]). Hauptsächlich vom Anlaß der Züchtigung — also der Tat und dem Verhalten des Jugendlichen — wird es abhängen, ob den Interessen, die für die Zulassung einer Züchtigung sprechen, überwiegende Kraft zukommt.

Was das Interesse des Kindes an körperlicher Unversehrtheit anlangt, so muß gesagt werden, daß ihm kein großes Gewicht beigelegt werden darf. Soweit die Erziehung des Kindes in Frage kommt, tritt dieses Recht des Kindes immer hinter dem Erziehungszweck zurück. So lange das Kind erziehungsbedürftig ist, hat das positive Recht einem Personenkreis, Eltern, Lehrern, Lehrherrn ein Züchtigungsrecht eingeräumt und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Erziehung des Kindes vor den Schutz seiner körperlichen Integrität zu stellen ist [18]). In Erziehungsfragen kommt jenem Interesse also keine entscheidende Bedeutung zu.

Ein Erziehungsmonopol der Eltern ist in unserer Rechtsordnung nicht statuiert. Gewiß liegt primär die Erziehung des Kindes in den Händen der Eltern, doch ist der Einfluß des Staates auf die Erziehung unverkennbar immer mehr und derart gestiegen, daß man von einem Erziehungsmonopol nicht sprechen kann. Mittels des Schulzwangs wirkt der Staat durch die Lehrer an der Erziehung mit. Er behält sich Einfluß auf die Erziehung des Kindes vor [19]), so im § 1666 BGB. die Aufsicht und die erforderlichen Maßnahmen, wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes durch die Erziehung der Eltern vernachlässigt wird. Auch ist den Eltern ein Züchtigungsrecht nicht im eigenen Interesse und als Zeichen ihrer Macht vom Staate gegeben [20]), sondern im Interesse des Kindes, zu seiner Erziehung und Förderung [21]) und zugleich im Interesse des Staates, dem an Zucht,

---

16) Vgl. die näheren Ausführungen dazu in § 7.
17) Vgl. die in § 1 zitierten Fälle.
18) Vgl. OLG. Dresden vom 27. 2. 02.
19) Vgl. die näheren Ausführungen in §§ 7 und 10.
20) Man denke an die patria potestas, das unumschränkte Eigenrecht des altrömischen Vaters.
21) Hierauf wird in der Literatur häufig hingewiesen. So J. Kaufmann S. 15; Klein a. a. O. S. 207: „Soll doch jede Züchtigung nur dem Wohle des zu erziehenden Kindes dienen". Havenstein S. 244; „So finden wir bei Vater und Mutter .... nur die Erlaubnis, Zuchtmittel anzuwenden, welche der Erziehung, der Bildung des Kindes dienen und ihr angemessen sind." Hubrich a. a. O. S. 171 ff.; Geider S. 17; OLG. Posen in G. A. 60, 164: „.... vielmehr ist davon auszugehen, daß das in §§ 1631, 1634

Ordnung und Tüchtigkeit seiner zukünftigen Staatsbürgergeneration und somit an der Erziehung der Jugendlichen gelegen ist. Die Eltern sind in erster Linie berufen, ihr Kind richtig zu erziehen. Der Staat aber überwacht durch seine Organe, Vormundschaftsgericht, Jugendamt, die Erziehung durch die Eltern und greift im Notfalle ein. Gestiegen ist der staatliche Einfluß noch durch die Bestimmungen der Jugendgesetzgebung[22]). Die Interessenlage ist nicht in allen Fällen einheitlich[23]). Sicher ist, daß die Zulassung eines allgemeinen Züchtigungsrechts der Erwachsenen ihr nicht gerecht würde. Das würde bedeuten, daß jeder Erwachsene berufen sei, an der Erziehung jedes Kindes mitzuwirken. Dann bestände allerdings die Gefahr, daß „Besserwisser und Weltverbesserer“ ihre Methoden aufzudrängen versuchten und daß die Individualität des Kindes dabei zu kurz käme[24]), weil ungeeignete und mit der kindlichen Eigenart nicht vertraute Personen urteilen dürften, ob und welche Erziehungsmittel anzuwenden seien. Vielmehr ist die Interessenlage so, daß dann, wenn Jugendliche sich besonders g r o b e Ungezogenheiten zuschulden kommen lassen und ein schwächeres Mittel nicht erfolgversprechend scheint, ein Eingriff Fremder durch Züchtigung als erwünscht und der Interessenlage entsprechend erscheint. Die oben vorgetragenen Bedenken fallen dann weg. Wenn man z. B. den Erwachsenen, der einen Jugendlichen züchtigt, weil er eine ältere Dame belästigt und trotz Mahnung nicht abläßt, straffrei läßt, so wird das der Interessenlage des Falles gerecht. Es besteht nicht die Gefahr, daß sich Besserwisser eindrängen, weil nur der Zeuge einer groben Ungezogenheit als Züchtigender in Frage kommt. Daß der Individualität des Jugendlichen geschadet wird, ist kaum zu befürchten, da eine angemessene Züchtigung für den Verüber von Flegeleien in der Öffentlichkeit in der überwiegenden Zahl von Fällen nur heilsame Wirkung hat. Wenn man diese Bedenken auch hier noch aufrechterhalten wollte, so hieße das einen Kult[25]) Raum geben, der gegenüber flegelhaften Jugendlichen nicht angebracht ist und weder dem Interesse des Jugendlichen noch dem des Staates entspricht. Bei groben Ungezogenheiten Jugendlicher -- auffallender Rohheit, Gewalttätigkeit, Belästigung anderer, Scham-

---

BGB. den Eltern gewährte Recht und die damit verbundene Verpflichtung, ihre Kinder zu erziehen und kraft ihres Erziehungsrechtes angemessene Zuchtmittel anzuwenden, ihnen lediglich im Interesse und zum Schutze des Kindes gegeben ist.“

22) Vgl. wieder §§ 7 und 10.

23) Aus der Verschiedenheit der einzelnen Fälle und ihrer jeweiligen Interessenlage lassen sich die vielen und untereinander sehr verschiedenen Urteile der Obersten Gerichte erklären, die das Bestreben offenbaren, ein billiges Urteil zu finden.

24) Solche Bedenken beim OLG. Kiel vom 27. 6. 25 in JW. 1925, 2159; K l e i n a. a. O. S. 207; K i p p a. a. O. S. 314; OLG. Stuttgart vom 8. 11. 22 in Z. St. W. 44, 490.

25) So die bei E s ch S. 35 zitierte Ellen Key, „Das Jahrhundert des Kindes“ S. 138.

losiigkeit, Tierquälerei und ähnlichen Vergehen — entspricht es der Interessenlage, daß der zufällig zugegene Erwachsene energisch auch durch Züchtigung auf frischer Tat eingreift[26]). Diese Grenze scheint uns für die Zulassung eines Eingreifens fremder Erwachsener die richtige zu sein.

Soll nun der Staatsbürger, der gegen eine grobe Flegelei durch Züchtigung einschritt, der z. B. eine kranke Dame gegen Belästigungen schützt, später im Strafregister als wegen Körperverletzung vorbestraft geführt werden? Um in den Fällen schwerer jugendlicher Ungezogenheiten nicht zu einer Bestrafung kommen zu müssen, sind in der Literatur und noch mehr in der Praxis die mannigfaltigsten Versuche gemacht worden. Ein Beweis, daß überall in diesen Fällen erkannt wurde, daß es galt, schwere Unbilligkeiten zu vermeiden. Auf die verschiedenste Weise ist versucht worden, der Handlung des züchtigenden Dritten die Rechtswidrigket zu nehmen. Die Aufgabe dieser Arbeit ist es weiter, diese Konstruktionen auf ihre Begründetheit und Brauchbarkeit zu untersuchen, evtl. dann eine Möglichkeit zu suchen, zu einem tunlichst befriedigenden, der Interessenlage gerecht werdenden Ergebnisse zu kommen[27]).

---

26) Zu ähnlichem Ergebnis ist Brügmann S. 16 gekommen.

27) De lege ferenda beachtlich ist die Stellungnahme des Gegenentwurfs zum Vorentwurf eines neuen StGB. von 1911 von Kahl und Lilienthal zu §§ 265 II, 282 II. „In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden. Dasselbe gilt, wenn der Täter durch gerechtfertigte Entrüstung über eine besonders rohe oder gemeine Handlung des Verletzten auf der Stelle zu der Tat hingerissen worden ist . . .“.

Hauptteil, II. Besonderer Teil: Die Versuche, ein Züchtigungsrecht zu begründen.

§ 5. Gewohnheitsrecht.

Ein selbständiges, allgemeines Züchtigungsrecht Erwachsener ist auf Grund von Gewohnheitsrecht behauptet worden.

Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte Recht, das im Rechtsleben unmittelbar hervortritt. Wie in letzter Linie alles Recht, so beruht auch das Gewohnheitsrecht auf dem Willen einer Gemeinschaft. Die übung einer Rechtsüberzeugung muß auf dem allgemeinen Willen beruhen. Daher muß sie eine im ganzen einheitliche sein, wenn auch einzelne Abweichungen diese Annahme nicht ausschließen. Um auf den Rechtswillen schließen zu lassen, muß sie weiter eine dauernde sein. Sie muß in dem Kreise, in dem sie gelten soll, eine allgemeine sein; ihre übungsakte müssen von dem Willen bestimmt sein, eine bindende Regel durch Gehorchen oder durchsetzen dieser zu verwirklichen. Bloße Gewohnheiten begründen kein Gewohnheitsrecht [1]).

Für unsere Aufgabe haben Hahne und das OLG. Jena vom 4. 12. 1912 ein Züchtigungsrecht auf Gewohnheitsrecht zu stützen versucht. Hahne [2]), der sich erst gegen das OLG. Jena energisch zur Wehr setzt und eine „allgemeine, tief im Volksbewußtsein wurzelnde überzeugung" [3]) der Statthaftigkeit des Züchtigungsrechts leugnet, gibt seine Position schnell wieder auf. Er nimmt eine Art Selbsthilferecht an, dessen Grenzen nicht klar zu erkennen sind, das aber jedenfalls über die Grenzen der Notwehr und der Selbsthilfe des positiven Rechts hinausgehen soll. Merkwürdigerweise will er diese Rechtsfigur wegen Fehlens ausdrücklicher Gesetzesvorschriften am Schluß aber nun doch auf die „allgemeine Rechtsüberzeugung" und die stän=

---

1) Vgl. die Darstellung des Gewohnheitsrechtes bei Enneccerus, Allgemeiner Teil, 30.—34. Aufl., 1928, § 35, § 36; weiter Puchta, Das Gewohnheitsrecht 1828, das naturrechtliche Gedanken aufweist; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892, insbesondere S. 502 ff.; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht 1890; Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts 1907.

2) Hahne a. a. O., S. 68 ff.

3) OLG. Jena vom 4. 12. 1912 in G. A. 60, 498.

dige Übung gründen und bejaht ein Züchtigungsrecht. Das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes kann nicht angenommen werden. Die große Zahl der Entscheidungen, ihre oft gegensätzlichen Begründungen und die Zähigkeit, mit der die Streitigkeiten verfochten und bis vor die letzte Instanz getragen werden, lassen eine einheitliche Rechtsüberzeugung vermissen und diese Rechtsmaterie gerade als eine sehr bestrittene und kontroverse erscheinen. Im Volksbewußtsein begegnen wir im Gegensatz zu einer einheitlichen Überzeugung gerade großen Widersprüchen. Der, der ein Recht zur Züchtigung fremder Kinder im Einzelfall für sich in Anspruch nimmt, wird sicher dem Fremden seinem eigenen Kinde gegenüber ein solches nicht zubilligen. Der Versuch, ein Züchtigungsrecht bei dem kontroversen Zustand der Materie gerade auf Gewohnheitsrecht zu gründen, muß als denkbar unglücklich bezeichnet werden.

Ein allgemeines Züchtigungsrecht Erwachsener auf Grund von Gewohnheitsrecht besteht also nicht [4]).

§ 6. Das Züchtigungsrecht und die Notwehr.

Neben den Versuchen, ein selbständiges, allgemeines Züchtigungsrecht zu begründen, ist ungleich häufiger versucht worden, der Züchtigungshandlung des Erwachsenen sonst irgendwie die Widerrechtlichkeit zu nehmen und so in der praktischen Auswirkung ebenfalls ein Züchtigungsrecht zu schaffen. Da ist zuerst der Gesichtspunkt der Notwehr herangezogen worden. An ihn könnte man auch zuerst denken, wenn ein Erwachsener, der irgendwie durch eine Ungezogenheit des Kindes betroffen wird, dieses züchtigt. Zwei Entscheidungen des Berliner Obertribunals haben auch in solchen Fällen Notwehr nach § 53 StGB. bejaht [1]), ebenso OLG. Kiel und OLG. Dresden [2]). Auch eine Besitzwehrung nach § 859 BGB. kann hier in Frage kommen [3]). Neben anderen [4]) ist auch Hahnes Stellungnahme hier heran-

4) Die gleiche Stellungnahme bei Köhler a. a. O. S. 387; bei Gilbert a. a. O. S. 15; Geider a. a. O. S. 40; Esch a. a. O. S. 11.

1) E. vom 27. 11. 1874 in G. A. 22, 614 und vom 18. 10. 1878 in G. A. 26, 519: „Wenn bei dieser Sachlage der Appellationsrichter erklärt, daß Verklagter dem Sohn des Klägers die Ohrfeige zu dem Zweck versetzt hat, dem gefährlichen Unfug, den er mit dem Steinewerfen trieb, zu steuern, so hat derselbe dadurch, und indem er daneben — offenbar lediglich mit Rücksicht auf das Maß der Tätlichkeiten — die Ohrfeige eine wohlangebrachte Züchtigung nennt, zum Ausdruck gebracht, daß der Verklagte die zur Abwendung eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung geübt hat und daher der Fall der Notwehr nach § 53 StGB. tatsächlich vorliegt." Vgl. auch Rotering a. a. O. S. 65 ff.; Schwarze a. a. O. S. 627.

2) OLG. Kiel vom 6. 6. 14 in Schlesw.-Holst. Anz. Bd. 78 S. 247; OLG. Dresden vom 17. 12. 84, 27. 2. 02.

3) Vgl. OLG. Jena in G. A. 60, 490.

4) Vgl. die Hinweise bei Fischer a. a. O. S. 264 ff.; Gilbert a. a. O. S. 15 ff.; J. Kaufmann S. 95; Kulemann a. a. O. S. 330.

zuziehen. Er führt der Selbsthilfe ähnliche Gedanken an und empfiehlt eine Lösung von dieser Seite. Ihm muß entgegengehalten werden, daß eine Erweiterung der feststehenden Begriffe Notwehr und Selbsthilfe nicht gebilligt werden kann. Ein über die Notwehr- und Selbsthilfegrenzen hinausgehendes Recht ähnlicher Konstruktion ist nicht begründet. Was nun die Notwehr selbst betrifft, so ist ihre Anwendung nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Angreifer ein Kind ist. Die überwiegende Meinung [5]) verlangt nur einen objektiv rechtswidrigen Angriff. Eine Züchtigung in Ausübung des Notwehrrechts ist auch entgegen dem Willen des Vaters zulässig [6]), ebenfalls auch gegen Angreifer, die Dritte belästigen. Ein Gesichtspunkt, der jedoch die Notwehr ungeeignet erscheinen läßt, Züchtigungshandlungen zu rechtfertigen, ist die inhaltliche Verschiedenheit [7]). Die Züchtigung soll ein Erziehungsmittel sein, die Notwehr dagegen trägt den Charakter einer Abwehr, eines Verhinderungsmittels. Aber es werden durch den Gesichtspunkt der Notwehr auch nur wenige Fälle von Züchtigungen durch Erwachsene gedeckt werden können. Einmal fallen alle die Angriffe, die sich nicht gegen eine Person, gegen den Züchtigenden selbst oder gegen einen Dritten richten — sondern z. B. gegen die Öffentlichkeit, wie der angeführte Fall des zerschlagenen Briefkastens — nicht unter die Wehrmöglichkeit. Dann werden alle die Züchtigungen, die nicht zur Abwehr eines bevorstehenden Angriffs, sondern nach einem solchen ausgeübt werden, nicht miterfaßt [8]). Ein Vorgehen mit Züchtigung trägt meistens garnicht den Charakter einer Abwehr der derzeitigen Unart, wie es zur Anwendung des Gesichtspunkts der Notwehr erforderlich wäre. Im Gegensatz zur Notwehrhandlung ist sie auf Sühne für das Vergangene, in erster Linie aber auf Warnung und Besserung des jugendlichen Täters für die Zukunft gerichtet. Eine Notwehrhandlung zur Abwehr des vorliegenden Angriffs stellt die Züchtigung nur in den wenigsten Fällen dar. Auch kann dann noch fraglich sein, ob die Züchtigung zur Abwehr das erforderliche Mittel war. Die Verteidigung darf nur so intensiv sein, wie das zur Abwehr erforderlich war. Es können andere schwächere Mittel als genügend erachtet werden, z. B. Drohung, Verweis. Die Notwendigkeit des Mittels ist dabei nur objektiv, nicht nach der Auffassung des Angegriffenen zu beurteilen. Es ist zu entscheiden, welche Gewalt und Gefährlichkeit dem Angriff tatsächlich innewohnte, nicht was der Verteidiger hiervon wahrgenommen hat. Eine Verhältnismäßigkeit der Verteidigung zum zu verteidigenden

5) Literatur bei Frank a. a. O. S. 154 ff.
6) So richtig Hubrich a. a. O. S. 221.
7) In der Literatur wird von J. Kaufmann S. 18, Donner a. a. O. S. 62, Geider S. 9 hierauf hingewiesen.
8) Vgl. das bei Geider S. 9 zitierte Urteil des Bayr. Kassationshofes vom 5. 2. 76 und des OLG. München vom 11. 2. 85, wo beide Male aus diesem Gesichtspunkte Notwehr abgelehnt wird.

Gut wird zwar nicht verlangt, wo jedoch dem Angegriffenen ein nach Art und Maß geringeres Mittel zur Hand steht, ist er nicht berechtigt, ein schärferes anzuwenden [9]. In einigen Entscheidungen wird das Vorliegen von Notwehr denn auch aus einem dieser Gesichtspunkte verneint [10].

Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß der Gesichtspunkt der Notwehr nur in den wenigsten Fällen ausreicht, eine Züchtigung ungezogener Kinder durch Erwachsene zu rechtfertigen.

§ 7. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Um Züchtigungen Dritter straflos lassen zu können, hat man weiter den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen. In Literatur und Praxis hat dieser Versuch, der wieder in ganz verschiedenen Formen auftritt, von allen wohl die meisten Anhänger gefunden.

Zunächst erhebt sich hier jedoch die Frage, ob der Begriff Geschäftsbesorgung inhaltlich auch die Vornahme einer Züchtigungshandlung zum Zwecke der Erziehung mitumfaßt. § 677 BGB.: „Wer ein Geschäft für einen andern besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen mutmaßlichen oder wirklichen Willen es erfordert“.

Ganz eng faßt den Begriff der Geschäftsbesorgung Staudinger [1]. Er faßt sie als „die Erledigung jeder Angelegenheit, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen — des Geschäftsherrn — angehört“, und stützt diese Definition auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens. „Verrichtungen an der Person eines anderen können nicht als Besorgung eines Geschäfts derselben erachtet werden.“ Keine Handlung, die in Ausübung eines mit dem Vermögensrecht nicht zusammenhängenden Rechts geschieht, würde nach seiner Ansicht durch § 677 BGB. gedeckt werden können, ebensowenig die unaufgeforderte Hilfe eines Arztes wie eine Züchtigungshandlung [2]. In ähnlicher Weise sprechen sich Hahne [3] und Hamm [4] aus. Hahne wendet sich gegen eine weite Fassung des Begriffs Geschäftsbesorgung mit folgenden Gründen: Die §§ 677 ff. stehen in dem Buche über das Recht

---

9) Vgl. Olshausen I. a. a. O. S. 237; Ebermayer a. a. O. §53, 3 c.

10) Vgl. G. A. Bd. 37 S. 369; OLG. Rostock vom 2. 11. 1883; OLG. Braunschweig vom 7. 7. 1883.

1) Staudinger a. a. O. zu §677, 2 a.

2) Einen ähnlichen Standpunkt nimmt der RGK. von 1928 II, 2 S. 316 ein. Er verlangt zum Begriff Geschäftsbesorgung einen wirtschaftlichen Charakter.

3) Hahne a. a. O. S. 68.

4) a a. O. S. 449.

der Schuldverhältnisse, und wenn auch ihre Anwendung darüber hinaus in einzelnen Fällen statthaft sein mag, so ist doch ihre Ausdehnung auf ein von jedem Zusammenhang mit dem Vermögensrecht losgelöstes höchst persönliches Recht wie das Erziehungsrecht als unzulässig zu bezeichnen. Wegen der Stellung der Geschäftsführung ohne Auftrag im System glaubt auch Köhler [5]) für eine enge Fassung eintreten zu müssen. „Eine Ausdehnung auf ein außerhalb des Vermögensrechts und in keinem Zusammenhang damit stehendes Personenrecht ist nicht erfolgt.“ In ähnlichem Sinne wendet sich Hamm gegen eine Ausdehnung des Begriffs, insbesondere hinsichtlich des Operationsrechtes des Arztes, das er auf Berufsrecht stützen will.

Die Auslegung Cromes [6]) faßt den Begriff schon etwas weiter. Es sollen auch Handlungen darunter fallen, die nicht rein vermögensrechtliche Angelegenheiten zum Inhalt haben, so auch die ärztliche Behandlung ohne besondere Aufforderung und auch Züchtigungshandlungen Dritter zum Zwecke der Erziehung. Er argumentiert folgendermaßen: einmal sei der Zweck der Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. — wie er aus § 680 BGB. nimmt — auch die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr und diese Gefahr könne nicht bloß als Vermögensgefahr aufgefaßt werden. Dann sei aber die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht bloß das Gegenstück zum Auftrag, sondern zu sämtlichen Lohnverträgen, es könne alles, was vertragsmäßig gegen Lohn geschehen könne, hier ohne Vertrag geschehen, also auch nicht geschäftliche Dienst- und Arbeitsleistungen. Dernburg [7]) formuliert seine Ansicht ähnlich. „Nicht bloß Vermögensrechte, auch Fürsorge für die Person des andern sowie seiner Familienglieder durch ärztliche oder andere persönliche Hilfe“ kann nach ihm Gegenstand der Geschäftsführung sein [8]).

Ganz weit wird der Begriff der Geschäftsbesorgung von Plank [9]) gefaßt. Er faßt darunter nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch die rein tatsächlichen Handlungen. Er stützt seine Meinung auf die in den Vorarbeiten zum BGB. zutage getretene Auffassung. In den Motiven [10]) werde festgestellt, daß jegliche tatsächliche Dienstleistungen, nicht nur Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, unter Geschäftsbesorgung zu verstehen seien.

Dieselbe Tendenz, den Begriff möglichst weit auszudehnen, zeigt auch die Abhandlung Zitelmanns über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit [11]). Er will Geschäftsbesorgung im gleichen Sinne wie Besorgen

5) Köhler a. a. O. S. 387 f.
6) Crome a. a. O. S. 629 f.
7) Dernburg a. a. O. S. 460.
8) Zustimmend weiter Oertmann a. a. O. S. 808, der aber keiner direkten Anwendung der Geschäftsführung o. Auftr., sondern nur einer entsprechenden das Wort redet.
9) Planck (André) Vorbem. zu § 677.
10) Mot. Bd. II S. 527.
11) Zitelmann a. a. O. S. 1 ff.

einer Angelegenheit aufgefaßt wissen. Sei der Begriff gleichwohl enger, so sei analoge Anwendung geboten, sonst bestehe eine empfindliche Lücke. Aus der ganzen Behandlung der Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB. gehe hervor, daß der Gesetzgeber sie als „Menschenhilfe“ [12]) fördern, nicht verhindern wolle, sofern sie nur in den Schranken der §§ 677 ff. bleibe. Dieselbe Ansicht wird von Ahrens [13]) mit der gleichen Begründung vertreten. „Der Begriff umfaßt nicht nur jedes Rechtsgeschäft und jede Rechtshandlung, sondern auch rein tatsächliche Handlungen.“ Er definiert dann das Geschäft im Sinne des § 677 BGB. als „jede Angelegenheit, die zu dem Interessen- — dem Pflichten- wie dem Rechtskreise — eines anderen gehört“ und erwähnt als solche auch ausdrücklich die Ausübung des Züchtigungsrechts für einen andern.

Bei einer Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten können wir denen, die einer engen Auslegung des Begriffs Geschäftsbesorgung das Wort reden, nicht folgen. Die Begründung der Ansicht Staudingers mit dem Sprachgebrauch kann bei einer juristischen Begriffsbestimmung nicht für durchschlagend erachtet werden — zudem ist auch der Sprachgebrauch hier zu wenig einheitlich und klar. Auch die Begründung Hahnes mit der systematischen Stellung der §§ 677 ff. BGB. im Recht der Schuldverhältnisse ist nicht überzeugend. Systematische und dogmatische Konstruktionen des Gesetzes sind unverbindlich. Vielmehr ist der Ansicht derer, die den Begriff weit ausgelegt wissen wollen [14]), zu folgen und insbesondere die Begründung von Zitelmann und Ahrens anzuerkennen. Aus der ganzen Art der Behandlung der Geschäftsführung ohne Auftrag geht hervor, daß der Gesetzgeber dieses Institut, „das zu den wesentlichsten Elementen des sozialen Altruismus gehört“ [15]) und mit ihm „die Erfüllung ethischer, im volkswirtschaftlichen Interesse und durch die Nächstenliebe gebotener Pflichten“ [16]) nicht hindern sondern fördern will. Der auftraglosen Betätigung für einen anderen sind nur die Schranken gesetzt, „die zum Schutz des Geschäftsherrn vor zudringlichen, selbstsüchtigen und unnützen Einmischungen eines Geschäftsführers geboten sind“ [17]).

---

12) Zuerst gebraucht von Kohler in Jher. Jahrb. 25 S. 43.

13) Vgl. Ahrens a. a. O. S. 12 ff., insbesondere S. 25; auch Enneccerus a. a. O. S. 498 „irgend eine Angelegenheit“.

14) Anhänger einer weiten Auslegung des Begriffs Geschäftsbesorgung sind naturgemäß auch alle die, die die Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt bei der Züchtigung anwenden wollen, auf ein Eingehen auf diese Streitfrage jedoch verzichten. Ausdrücklich Zitelmanns Auffassung zustimmend Eckstein a. a. O. S. 281 f., der an praktischen Beispielen, wie Ahrens, das Bedürfnis der Ausdehnung nachweist.

15) Kohler Jher. Jahrb. 25, 43.

16) Bei Ahrens a. a. O. S. 12.

17) Ahrens a. a. O. S. 13; vgl. auch die zustimmende Ansicht von H. A. Fischer a. a. O. S. 281.

Weiterhin ist ein Eingehen auf die verschiedenen Ansichten nötig, die die Anwendbarkeit der Normen über Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsfertigungsgrund insbesondere auch für das Strafrecht zum Gegenstand haben. Zitelmann [18]) hat den Satz aufgestellt: die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in fremde Rechtsgüter ist ausgeschlossen, soweit der Handelnde als Geschäftsführer in den Grenzen der §§ 677 ff. BGB. handelt. Neben dem Beifall, den er damit gefunden hat [19]), hat es aber nicht an Angriffen gefehlt. Vor allem Planck [20]) hat dagegen eingewandt, daß „nach der Entstehungsgeschichte das Gesetz nur beabsichtigt habe, die obligatorischen Verpflichtungen, die sich aus der Geschäftsführung für Geschäftsherrn und Geschäftsführer ergeben, im Verhältnis zueinander zu regeln" — also ohne Rücksicht auf das Verhältnis des gestor oder des dominus zu dritten Personen, mit denen sich der erstere eingelassen hat [21]). Diese Bedenken bringen aber u. E. den Grundsatz nicht zu Fall. Die obligatorische Beziehungen sind eine Folge der Geschäftsführung. Aus der Art ihrer Regelung kann auf die objektive Rechtsmäßigkeit der negotiorum gestio zurückgeschlossen werden [22]). Der Grundsatz erscheint durchaus gestützt. Schon oben ist erwähnt, daß der Gesetzgeber in der Art der Behandlung gezeigt hat, daß er die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht hindern sondern fördern will. Er hat nur die Schranken gesetzt, die zum Schutze des Geschäftsherrn vor unnützer fremder Einmischung nötig waren. Unmöglich ist es also, daß er in dieser Geschäftsführung, wenn sie sich in den gezogenen Grenzen hält, ein rechtswidriges Handeln erblickt. „Begünstigen aber und zugleich verbieten, das hieße mit einer Hand geben, um es mit der anderen Hand wieder zu nehmen" [23]). Die Grenzen, die der Gesetzgeber in §§ 677 ff. zieht, sind die Rücksichtnahme auf das Interesse des Geschäftsherrn und auf seinen wirklichen oder mutmaßlichen Willen. Nur wenn

---

18) Zitelmann a. a. O. S. 100 ff., insbesondere S. 104.

19) So bei Oppermann a. a. O. S. 66 ff.: „Alle diese Bedenken fallen weg, wenn man die von Zitelmann in seiner geistvollen Abhandlung über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit angeregten Gesichtspunkte verwertet. Zitelmann nimmt für diese Fälle eine auftragslose Geschäftsführung i. S. der §§ 677 ff. BGB. an und führt damit die Gedanken weiter, die schon Rosenberg, G. S. 62, 63, gegen ihn Brückmann, Z. St. W. 24, 657 ausgesprochen hatte."

20) Planck (André), Komm. zum BGB. II von 1907 S. 682; außerdem hat Brückmann in Z. St. W. 24, 657 ff. Angriffe erhoben, aber nur speziell hinsichtlich des operativen Eingriffs.

21) Dasselbe bringen auch Geider a. a. O. S. 33 und Donner a. a. O. S. 82 vor. Sie weisen auf die Parallele dazu, das Verhältnis von Auftrag und Vollmacht hin. Unter dem Außenverhältnis verstehen sie hier, daß der Staat als Dritter mit seinem Strafanspruch in Frage kommt. Auch Hegler in Z. St. W. 36, 42 ff. hält die Anwendung von §§ 677 ff. für verfehlt. Im Strafrecht komme es auf die äußere Legitimation, auf das Außenverhältnis an.

22) Ahrens a. a. O. S. 13.

23) Ebenda.

schuldhaft diese Rücksichtnahme vernachlässigt wird, treten die Folgen des § 678 BGB. ein; dann ist eine Mißbilligung zu erkennen. Hier kommt dann die Ausnahme des § 679 BGB. in Betracht. Eine nach diesen Grundsätzen „rechtsmäßige" Geschäftsführung beseitigt die objektive Widerrechtlichkeit [24]).

Die große Zahl der Autoren, die die Geschäftsführung ohne Auftrag als Unrechtsausschließungsgrund bei einer Züchtigung durch Dritte benutzen, teilt sich wieder in verschiedene Gruppen.

Die einen sehen eine Geschäftsführung für die Erziehungsberechtigten als gegeben an, also meist für den Vater. So Zitelmann: „Ebenso ist der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verwerten, wenn jemand einem unerwachsenen Menschen, der etwa auf der Straße eine Ungezogenheit begeht, die verdiente Züchtigung zuteil werden läßt. Das ist nicht objektiv rechtswidrig, wenn es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vaters oder des sonstigen Inhabers des Züchtigungsrechts entspricht, daß der Dritte dieses Recht sofort ausübe, natürlich sofern er sich innerhalb der Grenzen des väterlichen Züchtigungsrechts hält." In derselben Weise gehen mehrere Autoren vor, so Eckstein [1]), Fischer [2]), J. Kaufmann [3]). „Läßt man eine leichte Uebertragbarkeit der Zuchtgewalt zu und gestattet man eine negotiorum gestio für die Eltern, so kann man den schlimmsten Ungezogenheiten genügend entgegentreten." Und Klein [4]), „die Widerrechtlichkeit der Züchtigung kann ausgeschlossen sein, weil der Züchtigende als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Zuchtberechtigten eintritt". In der Praxis ist man verschiedentlich ähnlich vorgegangen. Eine Entscheidung des OLG. Colmar [5]) sagt in der Urteilsbegründung: „Zur Züchtigung eines fremden Kindes ist nur berechtigt, wer hierbei in Vertretung des Gewalthabers handelt oder sich in Notwehr befindet." Das OLG. Jena [6]) spricht zuerst von einem Züchtigungsrecht zur Ergänzung des elterlichen auf Grund der Volksüberzeugung. Es fährt dann fort: „Faßt man das Recht des Volksgenossen privatrechtlich auf, so bietet sich der Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung dar. Ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ist nicht widerrechtlich, wenn er sich in den Grenzen des § 677 BGB. hält. Eine Handlung, die das Recht billigt, kann nicht verboten sein. Das gilt nicht nur für Privatrecht, sondern auch für das Strafrecht."

---

24) Näheres über die Frage der Geschäftf. o. Auftr. als Unrechtsausschließungsgrund und insbes. über die Erfordernisse der rechtsmäßigen Geschäftsführung bei Ahrens a. a. O. S. 11 ff.

1) Eckstein a. a. O. S. 283.
2) H. A. Fischer a. a. O. S. 281.
3) J. Kaufmann a. a. O. S. 102.
4) Klein a. a. O. S. 207 Anm. 3.
5) OLG. Colmar vom 2. 5. 05 in Warn. Jahrb. 1907, S. 57.
6) OLG. Jena vom 4. 12. 1912 in G. A. 60, 498.

Nach dieser Ansicht ist eine Züchtigung, die sich in den Grenzen der rechtsmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag hält, nicht widerrechtlich. Entspricht aber eine Züchtigung nun nicht dem mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Erziehungsberechtigten — z. B. der Vater ist zugegen und gibt seine Ablehnung einer Züchtigung durch Nichteinschreiten zu erkennen, oder es ist bekannt, daß er Züchtigungen durch Fremde nicht duldet —, dann müßte sie rechtswidrig bleiben. Derjenige, der ein Kind züchtigt, dessen Vater sein übles Benehmen duldet, müßte also bestraft werden. Auch in diesen Fällen hat man versucht, auf Grund der Normen über Geschäftsführung ohne Auftrag zu einem Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu kommen.

Man ist einmal in der Weise verfahren, daß man eine Geschäftsführung ohne Auftrag für anwendbar erklärte, die nicht für den wirklichen Erziehungsberechtigten sondern für den „normalen", „idealen" und „verständigen" Vater erfolgen sollte [7]). Das hat vor allem Binding [8]) getan: „Endlich zeigt die tägliche Beobachtung, wie eine negotiorum gestio aber nicht für den wirklichen, vielleicht höchst verderbten, sondern für den normalen Vater durch Rüge und nötigenfalls durch Züchtigung gegen eine außerhalb des Hauses zuchtlos auftretende Jugend nicht nur ausgeübt wird, sondern in bestimmtem Umfang auch geübt werden muß." Ähnliche Gedanken äußert W. Kulemann [9]). Er tritt — aber wohl nur de lege ferenda — für die Zulassung einer Geschäftsführung für den idealen Vater ein. Auch Delius [10]) nimmt als Geschäftsherrn die Denkfigur des normalen Vaters an. In der Praxis wird vom OLG. Jena in seiner Begründung der Entscheidung vom 4. 12. 1912 in G. A. 60, 498 ebenfalls der „verständige" Vater erwähnt, dem daran liegen muß, „daß, wenn er selbst einem Unfug nicht wehren kann, andere ihn vertreten und dafür sorgen, daß seine Lasten nicht vergrößert, sondern der Unfug, der sie hervorruft, möglichst vermieden wird". Weit häufiger noch begegnen wir in Literatur und Praxis dem Versuch, eine Züchtigung Dritter durch Geschäftsführung ohne Auftrag unter Heranziehung des § 679 BGB. zu rechtfertigen [11]).

Der Rechtssatz, daß bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, der entgegengesetzte

---

7) Aehnliche Gedanken enthält der von Brüggmann S. 87 ff. gemachte und verworfene Versuch, durch fingierte Einwilligung des Vaters zur Straflosigkeit zu kommen.

8) Binding a. a. O. S. 800.

9) Kulemann a. a. O. S. 329 ff.

10) Delius a. a. O. S. 149.

11) § 679 BGB.: Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht kommt, soll in analoger Weise auf eine Züchtigung Dritter gegen den Willen der Eltern angewendet werden [12]). Viel beachtet worden ist eine Entscheidung des OLG. Braunschweig [13]), die diesen Gesichtspunkt verwandte. „Vernachläsigt der Vater seine Pflicht, das Erziehungsrecht auszuüben, oder ist er, wenn die Pflicht, zu einer Züchtigung zu schreiten, gegeben ist, nicht anwesend, so kann in geeigneten Fällen derjenige, gegen welchen oder gegen dessen Angehörige Ungezogenheiten begangen wurden, in Stellvertretung des Vaters zu der diesem obliegenden Züchtigung schreiten, solchenfalls ist davon auszugehen, daß der Vater seine Zustimmung nicht versagen würde und ein dennoch entgegenstehender Wille desselben würde nicht in Betracht kommen in analoger Weise, wie dies § 679 BGB. ordnet bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt würde, so daß man in solchen Fällen auch von einem abgeleiteten Züchtigungsrecht sprechen kann.“ Dieselben Gedanken finden wir bei Binding [14]) und in zahlreichen Entscheidungen der OLG.'s [15]). Der Entscheidung des OLG. Hamburg insbesondere tritt Ahlers [16]) mit der gleichen Begründung bei. „Ein entgegenstehender Wille kommt aber nach § 679 BGB. nicht in Betracht, wenn eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, in Frage ist. Es ist nicht fraglich, daß die Pflicht der Erziehung, zu der auch die Züchtigung für gelegentliche Unarten gehört, im öffentlichen Interesse liegt, wie denn auch die Erziehung eines Kindes unter Umständen den Eltern entzogen und behördlich ge-

---

12) Heimberger a. a. O. S. 1 ff. tritt de lege ferenda für unrechtsausschließende Wirkung der G. o. A., insbes. § 679, ein.

13) OLG. Braunschweig vom 24. 11. 03 in DJZ. 05, 752, ebenso OLG. Colmar 25. 1. 16 in D. St. Z. 1917, 97.

14) Binding a. a. O. S. 800: „Nicht die vermutete Zustimmung der Eltern — denn es kann feststehen, daß diese nicht zustimmen würden —, wohl aber das Interesse eines jeden daran, daß unser Gemeinwesen nicht geschädigt werde durch die Unflätigkeit der ungezogenen Jugend, rechtfertigt diese Zuchtübung. Sie steht nicht nur dem zu, der Gegenstand der jugendlichen Ungebühr gewesen ist, sie dient nicht nur zur Hinderung rechtswidriger Angriffe, sondern zur Ahndung und Hinderung zuchtloser Ungebühr überhaupt. Sie ist nicht nur auszuüben, wenn keine Personen zur Aufsicht da sind, sondern auch wenn diese das Einschreiten weigern.“

15) OLG. Hamburg vom 8. 12. 1913 in G. A. 63, 134; OLG. Frankfurt 20. 11. 1913 in L. Z. 1914 S. 1143 Nr. 6; OLG. Colmar vom 25. 1. 16 in L. Z. 1916 S. 635 Nr. 17; OLG. Breslau in J. W. 1923 S. 310 Nr. 9 mit Anm. von Keiler; OLG. Hamm vom 4. 10. 1922 in JW. 1924 S. 1788 Nr. 12; OLG. Naumburg vom 24. 4. 1909 in Warn. Jahrb. 1909 S. 69 und vom 20. 11. 1913 in L. Z. 1914 S. 1143; vgl. weiter zum Urteil des OLG. Hamm ebenda die im ganzen zustimmende Anmerkung von Endemann. Dieser weist auf die Popularklage des römischen Rechts hin, die dem römischen Bürger das Recht gab zum allgemeinen Besten zu klagen. In § 679 BGB. sei ein Rudiment des römischen Rechts zu erblicken, dem es gelte, neues Leben zu verleihen.

16) Ahlers in G. S. 84, 237.

regelt werden kann." In derselben Weise wenden die übrigen angezogenen Entscheidungen den § 679 BGB. an. So OLG. Naumburg vom 20. 11. 1913 in L. Z. 1914 S. 1143 „sogar wenn im einzelnen Falle feststehen würde, daß der Gewalthaber seine Zustimmung versagt, müßte man trotzdem dritten Personen ein Züchtigungsrecht zubilligen unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 679 BGB., da die Erfüllung der Züchtigungspflicht im öffentlichen Interesse liegt". Ebenso OLG. Colmar, „aber auch ein Dritter kann in nützlicher Geschäftsführung die Züchtigung vornehmen, wenn anzunehmen ist, daß der Vater zustimmen würde oder doch pflichtmäßig zustimmen würde. Eine etwaige pflichtwidrige Verweigerung käme nach § 679 BGB. wegen des entgegenstehenden öffentlichen Interesses nicht in Betracht". Hierher gehört auch ein Artikel im Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt [17]). Er begrüßt die Entscheidung des OLG. Naumburg vom 29. 10. 1924 und zitiert sie: „Die Erfüllung der Erziehungspflicht liegt im öffentlichen Interesse. Das Züchtigungsrecht kann dabei vertretungsweise von Dritten, gegebenenfalls auch gegen den Willen des Erziehungsberechtigten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere des § 679 BGB. ausgeübt werden. Die in Schrifttum und Rechtssprechung bestrittene Frage, ob Erwachsenen fremden Kindern gegenüber ein Züchtigungsrecht zusteht, ist vom OLG. Naumburg bereits in einer früheren Entscheidung bejaht, und es ist aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ein abgeleitetes Züchtigungsrecht anerkannt worden. Bei einer nochmaligen Prüfung der Frage hat der Senat keinen Anlaß gefunden, von der in dieser Entscheidung ausgesprochenen und auch von anderen OLG'en geteilten Auffassung abzugehen, zumal diese auch einem praktischen Bedürfnisse und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und Rechtsempfinden entspricht. Danach hat auch ein Dritter in Fällen, in denen Ungezogenheiten und Verfehlungen von Kindern sofortige Bestrafung erfordern und der nach dem Gesetz Erziehungsberechtigte nicht sofort erreichbar ist, an Stelle des Berechtigten ein Züchtigungsrecht, wenn für ihn ein Grund zum Einschreiten vorliegt und den Umständen nach angenommen werden muß, daß der Erzieher zustimmen würde oder bei pflichtmäßigem Ermessen zustimmen müßte. Aber selbst wenn dem Beklagten bekannt gewesen wäre, daß der Privatkläger seine Zustimmung versagte, würde dem Angeklagten doch in entsprechender Anwendung des § 679 BGB. ein Züchtigungsrecht zuzubilligen sein, da dem Erziehungsrecht eine Erziehungspflicht des Vaters gegenübersteht und die Erfüllung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liegt. Der Inhaber der elterlichen Gewalt ist nicht nur dem Kinde gegenüber, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet,

---

17) Zentralbl. f. Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (früher für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte, Fürsorgeerziehung). 19. Jg. Nr. 5 S. 135.

sein Erziehungsrecht in geeigneten Fällen auszuüben, da die anderen Leute verlangen können, daß sie vor Unarten und Verfehlungen der Kinder geschützt werden. Ein solches öffentliches Interesse ist aber nicht nur dann gegeben, wenn durch die Zuchtlosigkeiten der Kinder die öffentliche Ordnung und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit verletzt werden, sondern auch dann, wenn sich die Ungezogenheiten gegen einzelne Personen richten, denn es läßt sich auch ein öffentliches Interesse daran, daß der einzelne jeweils Verletzte Ungezogenheiten von Kindern gegenüber nicht wehrlos ist, nicht in Abrede stellen."

Wenden wir uns einer Kritik der Brauchbarkeit der Normen über Geschäftsführung ohne Auftrag für die Rechtfertigung einer Züchtigung durch Dritte zu [18]).

Die Ansicht, die als Geschäftsherrn den „normalen", „idealen" und „verständigen" Vater annimmt, läßt eine Begründung aus dem Gesetz vermissen. Sie wurde auch von den meisten Autoren abgelehnt [19]). Die Institution Geschäftsführung ohne Auftrag spricht nur von einem bestimmten Geschäftsherrn, einer faßbaren Person, deren wirklicher oder mutmaßlicher Wille in Betracht kommt. Eine Konstruktion, die als Geschäftsherrn eine Denkfigur annimmt, ist darum nicht haltbar.

„Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt . . . nicht rechtzeitig erfüllt würde" (§ 679 BGB.). Zwei Erfordernisse müssen gegeben sein, um das Eingreifen auch gegen den Willen des Geschäftsherrn zu rechtfertigen. Die Erfüllung einer Verpflichtung muß im öffentlichen Interesse liegen, und es muß bei ihrer Nichterfüllung „Gefahr im Verzuge" sein [19]). Eine Pflicht der Eltern, für die Erziehung des Kindes zu sorgen, ist neben dem Recht dazu in §§ 1631, 1634 BGB. statuiert [20]). In dieser Verpflichtung enthalten ist die Pflicht, bei Ungezogenheiten und Flegeleien die geeigneten Erziehungsmittel anzuwenden, unter Umständen die körperliche Züchtigung. Es liegt im öffentlichen Interesse, daß der Erzieher seiner Pflicht nachkommt, einen ordentlichen Menschen heranzieht und so dafür sorgt, daß die Allgemeinheit durch Flegeleien

---

18) Die Uebertragbarkeit des Züchtigungsrechts der Ausübung nach wird allgemein richtig für zulässig erachtet. Vgl. RGSt. 4, 400; 33, 32 ff.; Rotering a. a. O. S. 66; Diefenbach a. a. O. S. 107; Hubrich a. a. O. S. 217 ff.

19) Brinkmann a. a. O. S. 36; Diefenbach a. a. O. S. 113; Hubrich a. a. O. S. 222; Geider a. a. O. S. 32; Brügmann a. a. O. S. 77; Donner a. a. O. S. 77; J. Kaufmann a. a. O. S. 100.

19) Zitelmann a. a. O. S. 115.

20) Vgl. auch Art. 120 RV.; OLG. Naumburg vom 29. 10. 1924 in Zentralblatt f. Jugendr. u. Jugendwohlfahrt, 19. Jahrg. Nr. 5 S. 135 ff.; Brügmann S. 74.

nicht belästigt oder gefährdet wird. Von Brügmann[21]) und Donner[22]) wird dagegen geltend gemacht, daß eine Erziehungspflicht den elterlichen Gewalthabern vor allem im Interesse des Kindes, ganz zuletzt erst im öffentlichen Interesse, auferlegt sei. Das Erziehungsinteresse überrage das öffentliche bei weitem. Das Urteil des OLG. Posen vom 30. 4. 1910[23]) geht ähnlich vor. „Rechtsirrig ist jedenfalls die Erwägung . . ., daß die im elterlichen Erziehungsrecht begründete Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder in gewissen Fällen zu züchtigen, eine Pflicht ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß das in den §§ 1631, 1634 BGB. den Eltern gewährte Recht und die damit verbundene Verpflichtung, ihre Kinder zu erziehen und kraft ihres Erziehungsrechtes angemessene Zuchtmittel anzuwenden, ihm lediglich im Interesse und zum Nutzen des Kindes gegeben ist, daß dagegen eine Verpflichtung der Eltern zur Züchtigung der Allgemeinheit gegenüber, also im öffentlichen Interesse, nicht besteht.“ U. E. läßt sich ein starkes öffentliches Interesse an der Erziehung des Kindes nicht leugnen. Wie oben (§ 4) ausführlich dargelegt, hat es auch in unserer Rechtsordnung hinreichend Ausdruck gefunden, insbesondere in der großen Anteilnahme des Staates an der Jugenderziehung. Der Inhaber der elterlichen Gewalt ist nicht nur dem Kinde gegenüber, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber zur Erziehung verpflichtet, und damit zur Verhütung von Störungen und Ungezogenheiten seiner Kinder in der Öffentlichkeit. Wenn von Donner[24]) die Ansichten J. Kaufmanns[25]) und Hubrichs[26]) angeführt werden als Beweis seines Satzes, daß die Erziehungspflicht nicht im öffentlichen Interesse, sondern im Kindesinteresse den Eltern auferlegt sei, so sind das keine starken Stützen. Diese Ansichten besagen ja nur, daß das Züchtigungsrecht nur im Interesse der Erziehung ausgeübt werden dürfe. Diese Erziehung liegt aber gerade sehr im öffentlichen Interesse. Der Staat hat und nimmt auch positiv großes Interesse daran, daß die Pflicht zur Erziehung erfüllt wird. Und zu dieser Erziehungspflicht gehört die Pflicht, in den geeigneten Fällen die geeigneten Mittel anzuwenden. § 679 BGB. verlangt weiter, daß diese Pflicht ohne das Eingreifen nicht rechtzeitig erfüllt werden könnte. Im Gegensatz zu A. Köhler[27]) muß festgestellt werden, daß gerade im Interesse der Erziehung alles an einer Züchtigung auf der Stelle liegt, hierin ist sich die andere Literatur auch durchweg

---

21) a. a. O. S. 74.
22) a. a. O. S. 78 f.
23) In G. A. 60, 164.
24) a. a. O S. 79..
25) a. a. O. S. 15.
26) a. a. O. S. 171.
27) a. a. O. § 32 I, 5. Dieser will behaupten, eine Züchtigung käme immer noch zur Zeit, wenn sie in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme durch den Gewalthaber erfolge.

einig [28]). Das Kind wird bei einer späteren Züchtigung sehr oft gar nicht mehr recht wissen, wofür es gestraft wird. Von augenblicklichen Eindrücken und Vorstellungen wird die Seele des Kindes beherrscht. Leicht könnte es die Bestrafung als grundlos und ungerecht ansehen, Mißtrauen und Furcht vor dem Gewalthaber bekämen Nahrung. Die Entwicklung und die Erziehung des Kindes würden anstatt gefördert empfindlich geschädigt. Eine Anwendung von § 679 BGB. erscheint Köhler aber auch deshalb nicht angängig, weil der Erziehungsberechtigte seine Pflicht zur Anwendung geeigneter Erziehungsmittel ja immer noch erfüllen könne. Seiner Erziehungspflicht könne der Vater später noch genügen, man dürfe also nicht sagen, daß ohne das Eingreifen des Dritten die Pflicht des Vaters nicht rechtzeitig erfüllt werde. Wir können dieser Ansicht nicht folgen. Es muß die Gefahr bestehen, daß die Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Gefahr muß im Verzuge sein [29]). Eine Züchtigung, die nicht bald nach der Tat erfolgt, ist unpädagogisch und schädlich. Man kann dann nicht sagen, daß durch eine später nachfolgende Züchtigung eine Pflicht noch r e c h t z e i t i g erfüllt werde. Rechtzeitig insofern wäre sie noch, als den Vater an der Verspätung vielleicht keine Schuld träfe. Rechtzeitig im objektiven Sinne, zur rechten Zeit kommend, wäre sie nicht mehr. Unverständlich wäre doch eine Pflichterfüllung, die keinen oder gar negativen Erfolg, Schaden im Gefolge hat. Man muß sagen, daß eine spätere Züchtigung durch den Vater nicht als eine rechtzeitige Erfüllung seiner Erziehungspflicht angesehen werden darf, sondern daß an sofortiger Züchtigung alles gelegen ist.

Gegen die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag als Unrechtsausschließungsgrund bei der Züchtigung durch Dritte ist von Geider [30]) und Donner [31]) geltend gemacht worden, daß eine Geschäftsführung höchstens für das Kind ausgeführt werde. Wenn es nun überhaupt auf den Willen des Kindes ankommen könne, das nicht oder nicht voll geschäftsfähig sei, so sei dessen wirklicher oder mutmaßlicher Wille derart, daß eine Züchtigung nicht erfolgen solle. Hinsichtlich des Willens des gesetzlichen Vertreters ergäben sich aber wieder die erwähnten Schwierigkeiten des „schlechten Vaters“. Es ist nicht einzusehen, wieso eine Geschäftsführung für das Kind und nicht für den Vater in der Züchtigung gesehen werden soll. Der Vater ist der Züchtigungsberechtigte. Ein Dritter nimmt für ihn die

---

28) Z i t e l m a n n a. a. O. S. 115; K u l e m a n n a. a. O. S. 342; H a v e n s t e i n a. a. O. S. 255; S c h ä f f e r a. a. O. S. 43; v. S c h w a r z e S. 627; R o t e r i n g S. 63; OLG. Kiel in G. A. 44, 275; Hamburg in G. A. 63, 134; Rostock G. A. 27, 369.

29) Z i t e l m a n n a. a. O. S. 115.

30) G e i d e r a. a. O S. 33.

31) D o n n e r a. a. O. S. 82.

Züchtigung vor. U. E. kann darin nur eine Geschäftsführung für den Vater gesehen werden.

Sehr am Platze ist dagegen ein anderes Bedenken, das die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag für die Rechtfertigung einer Züchtigung durch Dritte ausschließt. Dieses Bedenken bezieht sich auf ein subjektives Element, das für die Anwendung der Normen §§ 677 ff. BGB. notwendig vorhanden sein muß. Es muß ein Geschäft für einen anderen besorgt werden. Es genügt dabei nicht, daß objektiv ein fremdes Geschäft besorgt wird. Vorausgesetzt wird vielmehr, daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt hat, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen [32]). Bei einer Züchtigung durch Dritte wird dies nur ausnahmsweise der Fall sein [33]). Es kann nicht geleugnet werden, daß sich der Züchtigende zum mindestens darum, daß er für den Vater handle, gar keine Gedanken macht, daß er vielmehr kraft eigenen Rechtes züchtigen will und sich dazu für berechtigt hält. Diesem Bedenken mißt auch Hahne [34]) große Bedeutung bei. Das Bewußtsein und der Wille für einen andern zu handeln, wird bei einer Züchtigung durch Dritte meist fehlen. Dieses subjektive Element ist jedoch nach § 687 BGB. ein wesentliches Erfordernis der Anwendbarkeit der Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Vornahme einer Züchtigungshandlung durch fremde Erwachsene stellt wegen dieses Fehlens inhaltlich keine Geschäftsführung für einen anderen dar. Die Anwendung der Grundsätze §§ 667 ff. BGB. ist daher als ungeeignet zur Rechtfertigung der Züchtigung durch einen Dritten abzulehnen.

Ergebnis: Die Normen über Geschäftsführung ohne Auftrag gewähren für die Züchtigung durch einen Dritten keinen Unrechtsausschließungsgrund.

§ 8. Einwilligung.

Versucht worden ist weiterhin als Unrechtsausschließungsgrund bei der Züchtigung durch Dritte die Einwilligung heranzuziehen.

Die Frage, ob und wie weit die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit ausschließt, ist sehr umstritten. Eine Reihe von Autoren [1]) ist der Ansicht, daß die Einwilligung bei jeder Art von Körperverletzungen die Rechtswidrigkeit beseitige. Frank [2]) vertritt eine Mittelmeinung, unrechtsausschließende Wirkung erkennt er der

---

32) Ebenso Franz Leonhard in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44, 413; Ahrens a. a. O. S. 26; Staudinger zu § 677 b; Planck § 677; Oertmann, Vorbem. 3 c zu § 677.

33) Oetker, G. S. 87, 422 ebenso.

34) Hahne a. a. O. S. 69.

1) Binding a. a. O. S. 724; Olshausen zu § 223, 9 a; weitere Literatur bei diesen.

2) Frank, Vorbem. 3 vor § 51 S. 136 ff.

Einwilligung bei leichter Körperverletzung zu, ebenso Wachenfeld S. 317. Eine andere Meinung, vertreten u. a. von Merkel [3]), tut dies nur bei leichter, auf Antrag zu verfolgender Körperverletzung. Demgegenüber vertritt die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Ansicht [4]), daß die Einwilligung bei der Körperverletzung niemals die Rechtswidrigkeit beseitige. Als Gründe werden in Entscheidung 2 S. 442 angeführt, daß die Einwilligung nirgends als Unrechtsausschließungsgrund aufgestellt sei, daß sie weiter nur im Falle des § 216 StGB. zu berücksichtigen sei und sonst rechtliche Wirksamkeit ihr nicht zukomme; nur in § 216 StGB. sei ihr ausdrücklich diese Wirkung zugestanden, und dort mildere sie nur die Strafe, lasse die Tat nicht ganz straffrei. Der Unterschied zwischen leichter und schwerer Körperverletzung sei ein nur relativer. So gut wie dieser Schluß kann aber aus § 216 StGB. ebenso der gegenteilige gezogen werden. Es kann gesagt werden [5]), der § 216 StGB. sei deshalb ausdrücklich aufgestellt, weil hier der Einwilligung (ernstliches Verlangen) die gewöhnliche unrechtsausschließende Wirkung genommen werden und nur Strafmilderung herbeigeführt werden solle. „Die herrschende und richtige Ansicht — denn die praktisch haltbare ist die zutreffende — spricht der Einwilligung unrechtsausschließende Kraft zu“ [6]). Immer ist dabei die Entscheidung des einzelnen Falles davon abhängig, ob der Einwilligende ausschließlich sein eigenes oder zugleich auch ein fremdes Interesse — das der Allgemeinheit — preisgibt [7]). Bei einer leichten Körperverletzung kommt dieses Bedenken nicht in Frage, die Einwilligung beseitigt bei ihr die Rechtswidrigkeit [8]).

Auch die Frage, wer gültig eine Einwilligung erteilen kann, ist bestritten. Nach der von Zitelmann vertretenen Ansicht ist die Einwilligung ein Rechtsgeschäft [9]) und daher Geschäftsfähigkeit zu verlangen. Demgegenüber hat aber das geltende Strafrecht dem 18-

---

3) Merkel a. a. O. S. 170.

4) RGSt., vor allem 2, 442; 6, 61; 24, 369; 25, 375 ff.; 28, 213; vgl. Ebermayer zu § 223 Note 9.

5) Brügmann a. a. O. S. 80.

6) Brügmanns Ansicht ist durchaus beizupflichten a. a. O. S. 80. Auch Gerland a. a. O. S. 300 weist gegen das RG. auf die praktischen Unzuträglichkeiten hin, die sich aus der bekämpften Ansicht ergeben. Er bringt Beispiele: Ohrfeigen im Zirkus, Haarschneiden, Schlagen eines Schauspielers auf der Bühne.

7) So Liszt-Schmidt a. a. O. S. 477 (früher wie RG.); auch Mezger G. S. 89, 270 ff., insbes. 273 will darauf abstellen, ob der Einwilligende in erheblicher Weise dadurch von der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben abgehalten wird. Ebenso Frank Vorbem. III vor § 51; Meyer-Allfeld S. 198; Mayer a. a. O. S. 290.

8) Ebermayer zu § 223, 9a S. 662 zustimmend. Vgl. weiter die Monographie von Honig „Die Einwilligung des Verletzten“, insbesondere S. 177.

9) Für die Feststellung der Rechtsnatur der Einwilligung vgl. die eingehenden Ausführungen bei Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 527 f.

jährigen schon das Antragsrecht gewährt und ihm damit schon die Fähigkeit zugesprochen, über eine erlittene Verletzung zu urteilen. Spricht man ihm eine solche Erkenntnisfähigkeit zu, so fehlt aber die Berechtigung, ihm die Einwilligungsfähigkeit abzuerkennen. Ein solches Absprechen der Einwilligungsfähigkeit kann doch nur geboten sein unter der Voraussetzung, daß der Jugendliche die Tragweite seiner Handlung nicht richtig zu beurteilen vermag [10]. Von der h. M. [11] wird einer relativen Einwilligungsfähigkeit ähnlich der relativen Strafmündigkeit des § 56 StGB. das Wort geredet. Der Richter soll jedesmal feststellen, ob der Einwilligende die nötige Erkenntnis hatte. Bei der Verschiedenheit der einzelnen Individuen ist diese Lösung für richtig zu halten.

Bei der Züchtigung durch Dritte wird einmal die Einwilligung des verletzten Kindes herangezogen. In den meisten Fällen wird das Kind nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht gültig einwilligen können. Auch wird eine Einwilligung tatsächlich wohl nie vorliegen [12].

Es wird dann weiter von der Einwilligung des Vaters oder sonstigen gesetzlichen Vertreters ausgegangen. Allgemein anerkannt ist, daß der Vater sein Züchtigungsrecht zur Ausübung auf andere übertragen darf [13]. Dieser Gesichtspunkt schwebt wohl denen vor, die von der Einwilligung des Vaters ein abgeleitetes Züchtigungsrecht herleiten. So das OLG. Rostock [14]. Die Einwilligung des Vaters kann einmal als Übertragung des Züchtigungsrechts zur einmaligen oder mehrmaligen Ausübung, dann aber auch als Einwilligung in die Verletzung für das Kind, als dessen gesetzlicher Vertreter, aufgefaßt werden. Für beide Auffassungen ist aber zu sagen, daß eine solche Einwilligung in den hier fraglichen Fällen tatsächlich nicht vorhanden ist. Bei entgegenstehendem Willen des Vaters — dieser zeigt sich im Strafantrag — kommt man damit nicht weiter.

Man hat diese Schwierigkeit mit einer Konstruktion der vermuteten Einwilligung des Vaters zu beseitigen gesucht. Hiervon sind eine große Anzahl von Autoren und Entscheidungen ausgegangen [15].

---

10) So richtig Brügmann a. a. O. S. 83.
11) Literatur bei Gerland S. 121.
12) Ebenso Hegler a. a. O. S. 43 Anm. 61. Geider S. 34.
13) So RGSt. 33, 32; M. E. Mayer S. 297 Anm. 5; Gilbert S. 35.
14) OLG. Rostock vom 2. 11. 1889 in G. A. 37, 369. „Weil schon die Erwägung durchschlägt, daß, falls der Privatkläger sich noch in einem der Erziehung bedürftigen Alter befand, dem Gutsherrn bezw. . . . dem mit der Aufsicht betrauten Inspektor nach der stillschweigenden Intention des Inhabers der Erziehungsgewalt die Ausübung der väterlichen Zucht als mitübertragen zu gelten hat.
15) Meyer-Allfeld S. 198: „Kein Züchtigungsrecht hat nach dem geltenden Rechte der Erwachsene als solcher gegenüber dem Kinde, so weit nicht im einzelnen Falle die Einwilligung der Eltern vermutet werden kann.“ v. Schwarze a. a. O. S. 627: die neueste Praxis habe in derartigen Fällen ein abgeleitetes Züchtigungserecht statuiert, da der Täter im vermuteten Ein-

Man wird jedoch mit Hegler und anderen [16]) dagegen einwenden müssen, daß einmal schon gar nicht klar ist, wie ein subjektives, wenn auch berechtigtes Empfinden die Rechtswidrigkeit ausschließen soll. Dadurch, daß es sich nicht um die Vermutung eines Wirklichen, sondern auch eines Möglichen handelt, wird die Sache noch unsicherer. Praktisch aber ist vor allem dagegen zu sagen, daß die Schwierigkeiten auch mit dieser Konstruktion nicht beseitigt sind. Denn wenn der „schlechte" Vater einer Züchtigung seines Kindes von vornherein widerspricht oder seine Ablehnung einer Züchtigung durch Dritte sonst bekannt oder nur zweifelhaft ist, hilft auch diese Vermutung nicht weiter [17]).

Ergebnis: Die Konstruktionen, die mit Hilfe einer Einwilligung ein Züchtigungsrecht begründen wollen, sind unzulänglich.

§ 9. Prinzip des wahren Wohls.

Hegler [1]) und im Anschluß an ihn Geider [2]) haben einen anderen Versuch gemacht, zur Straflosigkeit des Züchtigenden zu kommen. Da sie eine Rechtfertigung in ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen nicht

verständnis des Vaters gehandelt habe. Rotering S. 62 ff. Ebenso Diefenbach S. 114 und Schäffer S. 43: „So kann ein Dritter . . . bei der Ausübung des Züchtigungsrechts ein Einverständnis des Züchtigungsberechtigten voraussetzen." Brinkmann S. 36: „Es kann sich in allen diesen Fällen auch nur um ein Züchtigungsrecht handeln, das seine Stütze in einer Ableitung seitens des geborenen Trägers des Züchtigungsrechts findet, mag das Einverständnis desselben vom Dritten auch nur vermutet sein." Vgl. weiter die Entsch. des OLG. Dresden vom 12. 4. 82 bei Brügmann . . . „ist zu fordern, daß seitens der Angeklagten präsumiert werden konnte, bei der von ihr selbst ausgeführten Züchtigung im Sinne der Eltern zu handeln". Weiter OLG. Kiel in G. A. 44, 275 Entsch. vom 5. 12. 96. „Zur Verurteilung würde mithin weiter erforderlich sein, daß der Angeklagte nicht in der . . . Annahme gehandelt habe, der Vater des Gezüchtigten werde mit der in flagranti vorgenommenen Ahndung der Straftat einverstanden sein. Auch Hubrich S. 222 zieht die präsumierte Einwilligung heran, verlangt aber das Vorliegen besonderer Umstände, die diese Vermutung begründen können. Dann hält er eine auf Grund „vermuteter Vollmacht" vorgenommene Züchtigung — die Parallele zur Vollmacht ist im Strafrecht die Einwilligung — für zulässig.

16) Hegeler a. a. O. S. 36 Anm. 45; S. 42 Anm. 61; auch Ahrens a. a. O. S. 60 ff.; Zitelmann a. a. O. S. 102; Geider S. 38; ähnl. auch Oppermann a. a. O. S. 66 ff.

17) Brügmann prüft dann weiter und verwirft den Versuch, durch fingierte Einwilligung zur Straflosigkeit zu kommen. Der „normale" Vater klingt hier an. Eine solche Lösung käme aber höchstens de lege ferenda in Betracht, im geltenden Recht ist eine solche Fiktion nicht begründet.

1) Hegler a. a. O. S. 23 Anm. 9: „Denn hinsichtlich der Unrechtsausschließungsgründe ist unser Recht durchaus lückenhaft. Bei diesen Lücken handelt es sich nun darum, sie nicht einfach frei auszufüllen durch eigene Zweckaufstellung und Zweckmäßigkeitserwägung, sondern an der Hand von Zwecken und Zweckmäßigkeitserwägungen, die dem positiven Recht entnommen sind.

2) Geider S. 41 ff.

finden konnten, sind sie in dem Bestreben, nicht wegen eines maßvollen und durchaus begrüßenswerten Vorgehens strafen zu müssen, auf das Wesen der Widerrechtlichkeit zurückgegangen. Von hier aus versuchten sie zu einer Lösung zu kommen, indem sie feststellten, daß „eine dem Kind objektiv förderliche Züchtigung nicht widerrechtlich sein kann“ [3]). In den Fällen, in denen durch die Tat „das eigene wohl verstandene Interesse des (scheinbar) Betroffenen, des scheinbar in seinen Interessen verletzten Einzelnen, gewahrt, deshalb nicht antisozial gehandelt wird“, entfällt, wie Hegler [4]) hervorhebt, die Widerrechtlichkeit [5]). Das Prinzip des wahren Wohles kommt also zur Anwendung, wo es sich um kollidierende Interessen ein und derselben Person handelt. Dieses Prinzip wollen Hegler und Havenstein [6]) auch auf das Züchtigungsrecht anwenden. Im Mittelpunkt steht ihnen der Gedanke des Interesses, des Wohles. Bei Vergleichung der Züchtigung mit ihrem weiteren Effekt für den Betroffenen muß sich zeigen, daß das wohlverstandene Interesse des Betroffenen gewahrt wurde. Es rechtfertigt sich die Handlung hiernach dann, wenn sofortige Züchtigung seinem wahren Wohl dient und der zur Wahrung dieses Wohles Berufene in concreto ausscheidet. Andernfalls ist nach Hegler dessen negative Entscheidung zu respektieren. Geider macht einige Einschränkungen. Er will eine Anwendung des Prinzips nur im „Notfall“ zulassen. Ein solcher liege besonders beim Kind vor, das noch keinen rechtlichen Vollwillen entwickeln könne und zur Selbsterziehung noch unfähig sei. Bei richtigem Eingreifen der zuerst Berufenen liege ein solcher Notfall für einen Fremden nicht vor; nur bei deren Versagen, sei es, daß sie nicht zugegen seien oder nicht einschreiten wollten, obwohl es im Interesse der Erziehung am Platze sei. Sodann verlangt Geider weiter die Notwendigkeit sofortigen Eingreifens. Er bejaht richtig das Vorliegen dieses Erfordernisses in den weitaus meisten Fällen. Längere Zeit dürfe zwischen Unart und Züchtigung nicht liegen, weil die Jugend zu schnellebig sei, als daß sie dann noch den Konnex zwischen beiden verstände. Des weiteren verlangt er eine objektive Fassung des Prinzips. Nur das Anlegen eines objektiven Maßstabs an das, was wahres Wohl des Kindes sei, garantiere Rechtssicherheit, und daß nicht jeder Weltverbesserer der Jugend seine Erziehungsmethode aufdrängen könne. In der Tat scheint diese Fassung recht glücklich. Wenn Geider weiter

3) Geider S. 41.

4) Hegeler S. 43.

5) Geider S. 42 will hierher alle die Fälle rechnen, wo Ahrens S. 7 ff und S. 30 ff. mit der Geschäftsführung ohne Auftrag helfen will, so z. B. auch den ärztlichen Eingriff.

6) Havenstein a. O. S. 255; auch Kulemann a. a. O. S. 331: „Und ich bin wirklich dem Strafrichter verfallen, wenn ich in gerechter Aufwallung meines menschlichen Gefühls durch eine tüchtige Tracht Prügel ihr (der Buben) eigenes Bestes gefördert habe?“

verlangt, daß die Züchtigung nicht gesundheitsgefährlich oder schädlich, sondern angemessen sein müsse, so ist das ein Verlangen, was an jede Züchtigung gestellt werden muß, also überflüssig ist.

Bei kritischem Durchgehen der Ansicht ist zu sagen, daß das Zurückgehen auf das Wesen der Rechtswidrigkeit etwas sehr Richtiges ist[7]), und daß durch die Fassung des Prinzips ein wünschenswertes Straflosbleiben züchtigender Dritter erreicht werden könnte. Gegen die Anwendbarkeit des Prinzips spricht aber entscheidend, daß bei einer Abwägung nur der Interessen des Kindes die Interessen der Allgemeinheit gänzlich außer acht gelassen werden müssen. Es wird nur darauf gesehen, ob die Züchtigung dem Kinde zum wahren Wohle gereiche und dann daraus ein Straflosbleiben gefolgert. Gerade die Interessen der Allgemeinheit sind aber bei der Erziehung von größter Bedeutung, wie schon mehrfach festgestellt ist. Geider erscheint das selbst bedenklich. Die Erziehung liegt nicht nur im Interesse des Kindes selbst, sondern auch stark im Interesse des Staates. Geider nennt letzteres Disziplininteresse. U. E. ist das zu eng. Der Staat nimmt nicht nur Interesse an der Erhaltung und Herstellung der Disziplin unter den Jugendlichen, um Zucht und Ordnung zu gewährleisten, sondern auch daran, daß die gesamte Erziehung der Jugendlichen einen ordentlichen, sachgemäßen Gang geht. Mit Disziplininteresse ist diese Anteilnahme nicht richtig wiedergegeben. Wenn Geider dann weiter zu beweisen versucht, daß das Erziehungsinteresse im Laufe der Zeit immer mehr vorgetreten sei, so ist das richtig. Es ist aber ebenso zu entgegnen, daß ja an Interessen der Allgemeinheit, die bei dem Prinzip nicht beachtet werden, nicht nur ein Interesse der Allgemeinheit, des Staates, an Disziplin und Ordnung in Frage kommt. Der Staat nimmt Interesse an der Erziehung des Kindes überhaupt, nicht nur im Interesse der Ordnung, sondern auch im Interesse des Kindes als seines Angehörigen, und so in seinem eigenen Interesse. Er will, daß die Kinder durch eine ordentliche Erziehung zu tüchtigen Staatsbürgern herangebildet werden und nimmt regen positiven Anteil daran. Der Staat hat also nicht nur ein Disziplininteresse, sondern ein allgemeines Interesse an der Erziehung überhaupt. Diese starken Interessen der Allgemeinheit werden bei einer bloßen Beachtung der Interessen des Kindes, wie sie bei dem Prinzips des wahren Wohles stattfindet, nicht beachtet[8]).

Dás Prinzip des wahren Wohles kann demnach nicht als glückliche Lösung bezeichnet werden.

---

7) Vgl. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 199 Anm. 3.
8) Zustimmend Donner a. a. O. S. 69.

§ 10. Eigene Stellungnahme.

Die Betrachtung der Interessenlage hat gezeigt, daß sie bei groben Ungezogenheiten der Jugendlichen dringend für ein energisches Eingreifen des Staatsbürgers auch durch Züchtigung spricht. Soll nun der Mann, der sich vom Nutzen der Allgemeinheit leiten ließ, dafür bestraft und dadurch angehalten werden, sich gegenüber Flegeleien in der Öffentlichkeit passiv zu verhalten? Ist unsere Rechtsordnung so arm, daß sie eine solche Handlung nicht rechtfertigen könnte? Wir glauben das verneinen zu können und gehen auf das Wesen der Widerrechtlichkeit zurück.

Eine viel angewandte Praxis [1]) geht davon aus, daß jede Handlung, die eine Deliktsbeschreibung des Strafgesetzbuchs erfüllt, auch bestraft werden muß, wenn nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung durch eine bestimmte besondere andere, wohl gar ausdrückliche Bestimmung der Rechtsordnung ausgeschlossen ist, die das Fehlen der Rechtswidrigkeit für bestimmte Fälle ausspricht. Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden, und wir befinden uns dabei in der Gesellschaft namhafter Autoren [2]). Der Gegensatz zu rechtswidrigem Handeln ist nicht nur die Ausübung eines positiven Rechts oder ein sonstiger Unrechtsausschließungsgrund, er kann auch die einfache Verneinung „nicht rechtswidriges Handeln" sein. Dazu muß auf das Wesen der Widerrechtlichkeit zurückgegangen werden. Wann ist das Verhalten eines Menschen rechtswidrig? Der Gesetzgeber hat bei Aufstellung der Tatbestände jedesmal einen Rahmen geschaffen, unter den möglichst viele sich ähnliche Fälle fallen. Besonderheiten hat er weggelassen, er ist „generalisierend und schematisierend" [3]) vorgegangen, um Typen zu schaffen, die für eine möglichst große Zahl von Fällen passen. Das geschah jedoch auf Kosten der Gerechtigkeit, die jede Individualität berücksichtigt wissen will [4]). Die Antwort auf die Frage, was ist rechtswidrig, dürfen wir daher nicht in diesen Tatbeständen suchen. Das Gesetz bietet auch nirgends eine Definition dieses Begriffes. Das Merkmal widerrechtlich ist ein allgemeines Erfordernis jedes Tatbestandes [5]). Als selbstverständliches Erfordernis des Delikts wird die Rechtswidrigkeit im besonderen Teil des Strafgesetzbuches regelmäßig nicht erwähnt. Das zeigt, daß der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit voraussetzt und nicht aus der Tatbestandsmäßigkeit ableitet. Ganz richtig sagt darum Ahrens S. 1: „Nicht weil eine Tat strafbar ist, ist sie rechtswidrig, sondern weil sie

1) Z. B. M. Ahrens a. a. O. S. 5.

2) Hegler, Oetker, Sauer, Nagler, Endemann, Rotering, Liszt-Schmidt, Donner, Brügmann, Esch und Geiber u. a. bekämpfen die Ansicht. Vgl. die Zitate weiter unten.

3) Donner a. a. O. S. 100.

4) Dohna a. a. O. S. 13.

5) Nagler a. a. O. S. 287.

rechtswidrig ist, wird sie bestraft." Rechtswidrig muß die durch das Gesetz verpönte Handlung also schon vor dessen Erlaß sein [6]). Die Tatbestandsmäßigkeit gewährt höchstens eine Vermutung, „ein Indiz" [7]) für die Rechtswidrigkeit. Wenn der Gesetzgeber schon auf diesem Begriff fußt, so muß man Faktoren suchen, aus denen der Begriff genommen werden kann. Sie können nur dort gefunden werden, von wo der Gesetzgeber ausgeht. Der Gesetzgeber geht vom Zweck der Rechtsordnung aus, er schafft sie nicht um ihrer selbst willen, sondern verfolgt ein Ziel. Maßgebend für die Rechtsordnung ist das Ziel des Staates. „Der einzelne soll den staatlichen Tendenzen genügen, soll sie fördern und unterstützen, in zweiter Linie soll er ihnen nicht zuwiderlaufen" [8]). Welches nun die staatlichen Tendenzen sind, das offenbart uns der große Gesamtkomplex der Rechtsordnung, ihre Grundgedanken; die Prinzipien der Rechtsordnung werden wieder der Kultur des Volkes angepaßt sein. „Die Gemeinschaft kann nur das gut heißen, was ihren eigenen Bestrebungen entspricht, was sie selbst — die Gemeinschaft— fördert und zum mindesten erhält" [9]). Rechtswidrig wird also die Handlung nicht mit dem Verbot, rechtswidrig ist sie vor Erlaß des Verbotes. Rechtswidrig ist sie dann, wenn sie den Prinzipien der Rechtsordnung, dem Geist der Rechtsordnung widerspricht. Und weil sie diesen Rechtsgedanken widerspricht, wird sie verpönt, mit Strafe bedroht. Rechtswidrig ist eine Handlung dann, wenn sie sozialschädlich ist, d. h. wenn sie den Bestrebungen der Allgemeinheit, des Staates, zuwiderläuft [10]). Kommt eine Handlung den Interessen und Zielen der Allgemeinheit, die in der Rechtsordnung zutage treten, gelegen, so ist die Handlung nicht sozialschädlich und daher nicht rechtswidrig. Das Unterfallen unter einen gesetzlichen Tatbestand vermag nicht das Fällen des ungünstigen Werturteils „rechtswidrig" zu rechtfertigen. Das geschriebene Recht unserer Rechtsordnung ist gerade bezüglich der sog. Unrechtsaus-

---

6) Daß die Tatbestandsmäßigkeit nicht gleich Widerrechtlichkeit ist, betont bes. Endemann, Zivilcourage S. 47 ff.; die neueste Aufl. von Liszt-Schmidt S. 199 Anm. 3; Sauer, Grundl. d. Strafr. S. 303; Donner S. 100; Geider S. 21 u. 25; Esch S. 24.

7) Geider S. 24.

8) Vgl. im Anschluß an Sauer Donner a. a. O. S. 102.

9) Sauer a. a. O. S. 274.

10) Vgl. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 199 Anm. 3. „Aus dem Zusammenhang gewisser gesetzlicher Bestimmungen kann sich ergeben, daß die Verfolgung eines bestimmten Zwecks als berechtigt anzusehen ist. Das bedeutet: ist die vorgenommene Handlung das angemessene Mittel zur Erreichung dieses Zweckes, so ist sie nicht rechtswidrig. Es kann aber auch sein, daß der Zusammenhang solchen Schluß nicht ohne weiteres zuläßt. Dann muß die Angemessenheit der Handlung im Hinblick auf den Zweck des staatlich geregelten Zusammenlebens untersucht werden. Die Wahrung eines mehrwertigen Interesses gegenüber einem minderwertigen Interesse kann dann gerechtfertigt sein."

schließungsgründe sehr lückenhaft [11]). Gewiß hat es in positiver Vorschrift einige Ausnahmen geschaffen, z. B. die Notwehr. Diese sind aber in keiner Weise erschöpfend und genügend [12]). Man denke z. B. an die Einwilligung, die nach durchaus richtiger Ansicht als Unrechtsausschließungsgrund — wenigstens in gewissen Fällen — zu werten ist, vom Gesetzgeber aber in keiner Weise erwähnt wird. Es muß hier aufmerksam auf die Grundprinzipien der Rechtsordnung als den feinsten Teil unseres Rechtes geachtet werden. Das ist „das beste Mittel zur Verhütung des Auswachsens zu einer lebensfremden Begriffsjurisprudenz“ [13]). Das Recht kann nie alles Material in positiver Vorschrift bieten; da, wo die positive gesetzliche Regelung fehlt, beginnt die vornehmste und wichtigste Aufgabe der Rechtswissenschaft. Dort hat sie aus dem Geist der Gesetze, aus den Grundprinzipien der Rechtsordnung, aber auch denen des Rechts überhaupt, die Lücken auszufüllen. So wird ein Mitschreiten mit dem Leben, den Erfordernissen des Rechtsverkehrs gewährleistet. „Es ist ein erkenntnistheoretischer Irrtum . . ., wenn man sich die Rechtsübung als allgemein durch eine geltende Rechtsnorm und in deren Anwendung sich erschöpfend vorstellt. Der Gesetzgeber will in dem in der Norm gebrauchten Begriffe gewisse reale Tatsachen des Lebens zwecks ihrer Regelung erfassen; aber er vermag dies niemals vollständig; denn er kennt die Wirklichkeit nie ganz“ [14]). Ohne die großen Grundanschauungen ist keine Rechtsordnung denkbar, von ihnen wird die einzelne Bestimmung geleitet. Der Vorwurf freirechtlichen Denkens [15]) kann demgegenüber nicht erhoben werden, denn nicht gegen die Gesetze soll der Billigkeit und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs zum Siege verholfen werden, sondern mit Hilfe der Rechtsordnung und den in ihr zutage getretenen Tendenzen des Allgemeinwillens.

Im Ergebnis muß festgehalten werden: Tatbestandsmäßigkeit ist nicht gleich Rechtswidrigkeit. Die positiv aufgezählten Unrechtsausschließungsgründe sind nicht erschöpfend. Rechtswidrig ist nur die sozialschädliche Handlung, d. h. die Handlung, die den staatlichen Tendenzen, die sich in der Rechtsordnung widerspiegeln, zuwiderläuft.

---

11) Zustimmend Geider a. a. O. S. 24; Hegler S. 23 Anm. 9.

12) Nagler a. a. O. S. 290: „Es sollte aber doch ohne weiteres einleuchten, daß der Mangel einer positiven Berechtigung mit der ausdrücklichen Mißbilligung durch die Rechtsordnung nicht zusammenfließt.“

13) So Brügmann a. a. O. S. 67.

14) So Manigk in „wie stehen wir heute zum Naturrecht“? a. a. O. S. 31. Auch in seinem Kolleg über Rechtsphilosophie im W. S. 1927/28 hob er solche Gedanken treffend hervor. Vgl. auch sein „Savigny und der Modernismus im Recht“.

15) Eine feine kritische Gegenüberstellung von Freirecht und gesetztem Recht ist zu finden im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft II. Bd. „Formalismus und Freirechtschule“ von Manigk. Vgl. insbesondere S. 491. Vgl. weiter dazu sein „Wie stehen wir heute zum Naturrecht?“

Auf die in unserer Rechtsordnung zutage getretenen Rechtsgedanken und Grundanschauung muß zurückgegangen werden [16]. Wie stellen diese sich zur Frage nach der Rechtfertigung einer Züchtigung fremder Kinder durch Erwachsene? Nennen sie das Verhalten dessen, der einen Jugendlichen für eine grobe Flegelei züchtigt und damit dem Staate, den Eltern und dem Jugendlichen einen Dienst erweist, rechtswidrig? Sollen ihn die Folgen rechtswidriger Körperverletzung treffen?

Die Entwicklung unserer Rechtsordnung zeigt deutlich, wie wir uns immer mehr von der starren privatrechtlichen Auffassung, wie sie der patria potestas im altrömischen Recht zugrunde lag, entfernen. Wie die Aufgabe, die Jugend zu tüchtigen Staatsbürgern heranzubilden, gelöst wird und welche Elemente dabei beteiligt sind, das richtet sich nach dem jeweiligen Stande der Kultur, den staatlichen Einrichtungen und den Vorstellungen über Wesen und Ziele des Staates, die sich ein Zeitalter macht [17]. In unserer Rechtsordnung zeigt sich, wie die Allgemeinheit sich immer mehr für die Erziehung der Jugend interessiert und positiv selbst Einfluß und Anteil an ihr nimmt. Ene tüchtige Jugend ist die Hoffnung des Staates, sie gilt es heranzubilden. In immer steigendem Maße trug die Rechtsordnung dieser Erkenntnis Rechnung und sicherte der Allgemeinheit das Recht, die Erziehung der Jugend zu beeinflussen und zu überwachen. Die Entwicklung gegen das väterliche Eigenrecht begann mit der Einführung des Schulzwanges. Einen weiteren Schritt ging die Ge-

---

16) Auch andere Autoren gingen auf die Grundgedanken der Rechtsordnung zurück, in verschiedener Weise: Rotering a. a. O S. 65 ff entnimmt ihnen eine Mißbilligung der jugendlichen Ungebühr, folgert dann weiter: „Der Gemeinwille kann nicht mit sich selbst in Widerspruch treten, die Ungezogenheit der Jugend mißbilligen und zugleich das im Gemeininteresse gebotene maßvolle Einschreiten des verständigen Volksgenossen. Die Auslegung des Gesetzes ist nicht unabhängig von den mit der Zeitströmung wechselnden Bedürfnissen der Gesellschaft. Die Gesetzgebung kann es nicht, aber die Auslegung muß dem wandelbaren Moment Rechnung tragen, ausgleichen. Das Recht dient dem praktischen Zweck des Gesellschaftslebens, es hat eine soziale Natur. Das ist zu berücksichtigen bei der Abwehr antisozialer Lebensäußerungen. Oetker G. S. 87 S. 419 ff. In Wahrheit sei die Züchtigung des Dritten gar keine Erziehungsmaßregel sondern Mißbilligung der Unart. Bei dieser Mißbilligung befinde sich der Züchtigende in vollem Einklang mit dem Recht. Neben verbietenden und erlaubenden Rechtssätzen gäbe es billigende und mißbilligende. Im Verbot der Kuppelei liege Mißbilligung, nicht Verbot der Unzucht, § 826 BGB. sei kein Verbot, aber Mißbilligung. Der Selbstmord sei nicht verboten, aber ein verständiges Recht dulde seine Verhinderung, obwohl das Nötigung sei. So gäbe es eine Billigung, die nicht mit Rechtsgewähr identisch sei. In diesem Zusammenhang finde die Zulassung der Züchtigung ungebührlicher Jugendlicher ihre Erklärung. Gegen Oetker muß festgehalten werden, daß die Züchtigung nur als Erziehungshandlung zulässig ist. Vgl. weiter Sauers Jurist. Grundgesetz „Mehr Nutzen als Schaden" Z. St. W. 33, 794.

17) Ebenso W. Köllner a. a. O. S. 29 ff.

werbeordnung. Ihr § 127 a gestand dem gewerblichen Lehrherrn ein Züchtigungsrecht zur Erziehung des Lehrlings und Aufrechterhaltung der Disziplin zu. Das BGB. von 1900 brachte eine erneute Erweiterung des Kreises der Erziehungsberechtigten. Formell verlieh der Staat auch der Ehefrau das Züchtigungsrecht, das sie tatsächlich auch schon vorher ausgeübt hat. Vor allem aber wichtig war die Bestimmung des § 1666 BGB. Sie macht es zur Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, die Erziehung des Kindes durch die primär Berufenen, die Eltern, zu beaufsichtigen und die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die geistige, körperliche, sittliche Verwahrlosung des Kindes zu verhüten. Durch sein Organ, das Vormundschaftsgericht, nimmt der Staat hier starken Einfluß auf die Erziehung. Die Entwicklung zu einer immer stärker werdenden Beteiligung der Allgemeinheit an der Erziehung der Jugend ist aber vor allem in der neuesten Zeit gewaltig fortgeschritten. Die moderne Jugendgesetzgebung läßt keinen Zweifel mehr, daß der Staat zu einem starken Faktor geworden ist, der bei der Jugenderziehung mitwirkt. Das Recht der Eltern hat gegenüber dem Recht der Allgemeinheit immer mehr zurücktreten müssen. Art. 120 der neuen Reichsverfassung statuiert erneut das Recht und die Pflicht der Eltern, die Kinder zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit zu erziehen. Über die Betätigung der Eltern wacht der Staat. Art. 122 spricht die Verpflichtung des Staates aus, die Jugend gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Der allgemeine Leitgedanke, der aus diesen Bestimmungen, vor allem auch aus § 1 des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 1. April 1924 spricht, ist das Recht des Kindes auf Erziehung. Das Kind ist ein selbständiges Objekt sozialer Fürsorge geworden [18]). Wird dem Kind diese Erziehung nicht zuteil, so hat nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz die öffentliche Hilfe einzugreifen [19]). Die Jugendwohlfahrt ist Selbstverwaltungsangelegenheit, sie ist in dem Jugendamt zusammengefaßt. Aber gerade für die Jugendwohlfahrt wäre nichts ertötender als ein bürokratisches und schematisches Arbeiten. Die vielgestaltigen weltlichen und kirchlichen Einrichtungen sollen daher daneben arbeiten. Die Grundauffassung hat sich aber geändert [20]). Gewiß haben primär die Eltern für das Kind zu sorgen. Kommen sie ihrer Aufgabe nicht genügend nach, so greift aber die Allgemeinheit ein, sie überwacht die Erziehung durch ihre Organe. Das Jugendamt wacht über die Erziehung aller Jugendlichen seines Bezirks, es greift ein, wo eine ordentliche Erziehung nicht stattfindet. Ein Eingreifen des Jugendamts durch Schutzaufsicht kommt nach § 56 JWG. in Frage, wenn sie zur Verhütung seiner

18) Vgl. Blaum-Riebesell, Stork, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 6. 22, in Kraft vom 1. 4. 24, S. 2.

19) Näheres bei M. v. Brauchitsch, Die preuß. Verwaltungsgesetze, Bd. IV S. 67, Huy de Grais a. a. O. S. 844 ff.

20) Blaum-Riebesell, Stork a. a. O. S. XIX.

geistigen und körperlichen Verwahrlosung geboten und ausreichend erscheint. Die Fürsorgeerziehung kommt bei stärkerer Verwahrlosung in Frage und wird durch Unterbringung in einer geeigneten Familie oder Erziehungsanstalt durchgeführt. Ein Eingreifen der Allgemeinheit in die Erziehung der Jugend kennt auch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 1923. Nach § 5 dieses Gesetzes hat das Jugendgericht bei der Bestrafung eines Deliktes Jugendlicher zu prüfen, ob Erziehungsmaßregeln erforderlich sind. Hält es solche für notwendig, so hat es entweder selbst die Erziehungsmaßregeln anzuordnen, oder die Zulässigkeit auszusprechen und die Anordnung dem Vormundschaftsgericht zu überlassen. Als Erziehungsmaßregeln kennt das Gesetz in § 7 Verwarnung, überweisung, Auferlegung besonderer Verpflichtungen (z. B. häufiges Melden beim Jugendamt, Verbot von Kinobesuch, Alkohol und Tabak [21]), Unterbringung, Schutzaufsicht, Fürsorgeerziehung.

Es zeigt sich so, wie in unserer Rechtsordnung das väterliche Eigenrecht zurückgedrängt wurde und wie die Allgemeinheit sich in immer steigendem Maße um die Erziehung der Jugend kümmert und positiv an ihr teilnimmt [22]). über der gesamten Erziehung steht der Staat, er überwacht sie. In erster Linie wird sie von den Eltern als den dazu am meisten Berufenen ausgeübt [23]). Die Möglichkeit einzugreifen, hat die Allgemeinheit aber sich vorbehalten. Ein Zug zu sozialer Betrachtung in unserer Zeit ist unverkennbar. „Die Entwicklung der modernen Gesellschaft steht unter dem Zeichen des Kollektivismus“ [24]). Die soziale Bewegung erhob sich, sie hat ein anderes Weltbild gebracht. Der Mensch ist nicht nur Person, er ist auch ein soziales Wesen [25]). „Er ist nicht nur isoliertes Wesen, sondern auch zugleich Träger gesellschaftlicher Kräfte [26]), und dieser Entpersönlichung entspricht ein neues persönliches Werden auf gemeinheitlicher Grundlage. Was dem einzelnen an Willensmacht entzogen wird, geht über auf neue Willenszentren, die sich über dem einzelnen als Träger eigener Befugnisse erheben“ [27]). Gerade in der Frage der Jugenderziehung ist eine Abkehr vom Individualismus eingetreten, die Rechtsordnung spiegelt die Entwicklung zu einer sozialen Einstellung wider. Die Allgemeinheit erkennt ein freies Herrscherrecht

---

21) M. v. Brauchitsch zu § 7.

22) über die Konkurrenz zwischen der elterlichen Erziehung und der durch die Schule vgl. den Art. von Kühn in DJZ. 1928 S. 1446 ff. Das Recht der Eltern wird von der Unterrichtsverwaltung immer mehr eingeschränkt und ein Einfluß des Staates gesichert.

23) Art. 120 RV.: „natürliches Recht“ der Eltern.

24) Vgl. das Vorwort in Nr. 1 der Ztschr. f. soz. Recht.

25) Vgl. hierzu den Aufsatz von Sinzheimer „Der Wandel im Weltbild des Juristen“ in der Ztschr. f. soz. Recht Nr. 1 S. 2, der in feiner Weise ein Bild der Zusammenhänge und Begriffe im sozialen Recht gibt.

26) Ebenda S. 3.

27) Ebenda S. 5.

der Einzelperson, des Vaters, in seiner Rechtssphäre, der Erziehung, nicht an. Sie hat sich Anteil und Einfluß verschafft und sieht darauf, daß der Jugendliche zu einem ordentlichen, tüchtigen Staatsbürger erzogen wird.

Aufgabe des Staates ist es also, über die Erziehung der Jugend zu wachen, die Jugend gegen sittliche, geistige und körperliche Verwahrlosung zu schützen (Art. 122 RV.). Der Staat kann aber seinen Aufgaben nicht immer durch besondere Organe gerecht werden. Gewiß ist eigenmächtiges Eingreifen des einzelnen etwas, was die Rechtsordnung des Rechtsstaates nicht schätzt. Aber gerade bei der Erziehung der Jugend ist ein bürokratisches und schematisches Eingreifen durch Staatsorgane durchaus unerwünscht und unzweckmäßig. Zudem kann es bei Ungezogenheiten im öffentlichen Leben sich kaum wirkungsvoll entfalten. Die Abneigung der Rechtsordnung geht aber auch nicht so weit, daß sie den einzelnen in jedem Falle unbedingt zugunsten des Unrechts zwingen will, wenn die Staatsgewalt zum Eingreifen nicht bereit ist[28]). Wir entfernen uns mehr und mehr von der Polizeistaatsauffassung, der Endemann[29]) den Satz widmet: „Du hast nichts zu tun, als auf die Welt zu kommen" sagt die deutsche Regierung, „wir besorgen das übrige". Wie einerseits der Staat Aufgaben einzelner — z. B. der Familie in der Erziehung — auch zu seinen Aufgaben machte, so überträgt er andererseits immer mehr Aufgaben auf engere, ihm eingeordnete Verbände und Lebensgemeinschaften. Man denke nur an die weitverzweigte Selbstverwaltung. In ungleich höherem Maße nimmt der Einzelne an den Aufgaben und dem Wohle des Ganzen Anteil[30]). Der Staat kann nur gedeihen, wenn sein öffentliches Leben beseelt wird von dem lebendigen Gemeinsinn seiner Bürger. Fruchtbar schaffender Gemeingeist will nicht die Verkümmerung der freien Persönlichkeit. Gerade der frei entwickelte Einzelmensch ist der beste Träger sozialen Gemeingeistes, er fühlt sich am meisten mitverantwortlich für das Wohl der Allgemeinheit. „Lebendiges Volks- und Staatsbewußtsein muß im Staatsbürger wohnen[31]). „Darf der Staatsbürger das tun, was dem Bierphilister typisch ist, die Zipfelmütze übers Ohr ziehen und für das übrige die Polizei sorgen lassen" fragt Kulemann. „Wenn ich eine kranke Dame, die belästigt wird, schütze, so bin ich später vorbestraft" [32]). Gerade bei Ungezogenheiten Jugendlicher in der Öffentlichkeit ist der notwendigen schnellen Wirkung wegen[33]) ein Eingreifen des Staatsbürgers, der zugegen ist, nicht zu entbehren. Es ist eine praktisch undurchführbare doktrinäre Fiktion,

28) So Endemann, Zivilcourage u. Strafr. S. 4.
29) Ebenda.
30) Zustimmend Köllner S. 29.
31) Köllner a. a. O. S. 29.
32) Kulemann a. a. O. S. 333.
33) Vgl. dazu die näheren Ausführungen in § 7.

daß mit der Übertragung des Rechtsschutzes an die Staatsgewalt der Einzelne von deren Aufgaben ausgeschlossen wäre [34]). Die Polizei ist nicht allgegenwärtig und bei vielen Aufgaben der Allgemeinheit ist die Mitwirkung des Staatsbürgers unentbehrlich. Aus den Prinzipien unserer Rechtsordnung ist nicht zu entnehmen, daß sie in jedem Falle ein Einschreiten des Staatsbürgers gegen allgemein schädliche Betätigung mißbilligt [35]). Die Tendenz des Allgemeinwillens der Rechtsordnung geht vielmehr dahin, daß sie einen verantwortungsfreudigen Gemeingeist des Bürgers, eine rege Anteilnahme des Staatsbürgers an dem Wohl und Wehe der Allgemeinheit begünstigt [36]). Ohne die Hilfe des erwachsenen Staatsbürgers läßt sich ein Schutz der Öffentlichkeit vor Flegeleien und eine Erziehung der zuchtlosen Jugend zu gesittetem Benehmen nicht durchführen. Ein schematisches Arbeiten der Staatsorgane ist durchaus unerwünscht und unzweckmäßig. Eine Züchtigung, die ein erwachsener Staatsbürger einem Jugendlichen, der eine grobe Ungezogenheit verübt hat, angedeihen läßt, kommt den Tendenzen des Allgemeinwillens entgegen [37]). Als Anlaß muß eine solche Ungezogenheit vorliegen, der gegenüber eine sofortige Züchtigung ein angemessenes und notwendiges Mittel ist [38]). Bei groben Ungezogenheiten in der Öffentlichkeit ist das der

34) Kulemann a. a. O. S. 333.

35)) § 127 StOP. und § 139 StGB. dürfen als Beispiele erlaubter privater Initiative als Sonderbestimmungen nach keiner Richtung überschätzt werden.

36) Vgl. M. E. Mayer, a. a. O. S. 297: „Erziehungs- nicht Selbsthilfe, sie entspricht unserer Kultur, und die Rechtsordnung läßt nirgends erkennen, daß sie anderer Ansicht ist.“ Er meint weiter, die flinkeren Beine der Jugend sorgten dafür, daß selten Gebrauch gemacht würde. Aus solchen Gesichtspunkten begründete das OLG. Jena vom 21. 12. 1912 in DJZ. 1913 S. 296 das freisprechende Urteil: „Unter Umständen“ (nach unserer Ansicht beim Vorliegen grober Ungezogenheiten) „besteht in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts ein Recht, fremde Kinder zu züchtigen als Ausfluß des öffentlichen Rechts. Das Recht der Eltern muß zurücktreten gegen das Recht der Allgemeinheit auf Zucht und Ordnung. Die Allgemeinheit bedarf des Rechts“. — Dieselben Motive zeigt die Begründung des OLG. Rostock vom 9. 7. 1915 in der Mecklenburgischen Ztschr. f. Rechtswissenschaft Bd. 34 von 1916 S. 121 ff.: „Denn neben das abgeleitete private Züchtigungsrecht tritt ein allgemeines Erziehungs- und Züchtigungsrecht der erwachsenen Bürger gegenüber Ungezogenheiten erwachsener Personen . . . Ihre Grundlage findet sie nicht in der vermeintlichen Zustimmung des Vaters, sondern sie dient zur Ergänzung des Erziehungsrechts der Erstberufenen und wird durch das Interesse jeden Bürgers, daß das Gemeinwesen, seine Angehörigen und Einrichtungen nicht durch die Untugenden einer schlecht erzogenen Jugend geschädigt werden, gerechtfertigt. Vgl. weiter die Stellungnahme Buchmanns im Recht 1913 S. 61 bei der Besprechung des Urteils vom OLG. Jena vom 21. 12. 1912, W. Köllner S. 28 ff. und das Urteil des OLG. Rostock vom 17. 12. 15 in Soergels Jahrbuch 11, 52.

37) „Warum in aller Welt schiebt man im Strafrecht dem Gesetzgeber so weltfremde Absichten zu? Absichten zu strafen, wo jeder Verständige nur loben und lohnen möchte.“ Havenstein a. a. O. S. 252.

38) Dasselbe Erfordernis beim OLG. Dresden vom 12. 4. 82 und 17. 12. 84 in G. A. 37, 369 Anm. 1.

Fall [39]). Wenn ein Jugendlicher in der Öffentlichkeit eine grobe Ungezogenheit sich zuschulden kommen läßt und ein schwächeres Mittel nicht erfolgversprechend erscheint, dann entspricht ein Eingriff des Staatsbürgers durch Züchtigung den Tendenzen der Rechtsordnung, ist also nicht rechtswidrig.

Die Züchtigung eines Jugendlichen durch den erwachsenen Staatsbürger für grobe Ungezogenheiten in der Öffentlichkeit ist also nicht rechtswidrig. Bedenken bestehen bei einer solchen Formulierung nicht, sie entspricht voll der Interessenlage. Auch inhaltlich befriedigt die Begründung, weil sie das Vorgehen des Staatsbürgers aus den Gesichtspunkten rechtfertigt, die für den tüchtigen Staatsbürger stets das Motiv zum Einschreiten bilden sollten. Ob sich die Ungezogenheiten gegen Personen oder allein gegen die Öffentlichkeit richten, bleibt einerlei. Auch entgegen dem Willen des Vaters darf der Staatsbürger eingreifen, wenn dieser das Treiben duldet. Das Verhalten des Vaters ist dann unerzieherisch und unsittlich und daher unbeachtlich.

---

39) Vgl. § 4.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Kaufmann, bin am 27. Oktober 1904 zu Forsthaus Bauerbach bei Marburg a. d. Lahn als Sohn des Försters Ernst Kaufmann und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Matthäus geboren. Ich besuchte zuerst die Volksschule in Bauerbach, dann das Gymnasium Philippinum zu Marburg a. d. Lahn und bestand an dieser Anstalt Ostern 1924 die Reifeprüfung. Meine rechtswissenschaftlichen Studien betrieb ich auf den Universitäten Marburg und Heidelberg. Am 20. Juni 1928 bestand ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 24. Juli 1928 von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zum Gerichtsreferendar ernannt.
